

Revista do Ministério Público Militar

**Brasília – DF
2022**



República Federativa do Brasil
Ministério Público da União
Ministério Público Militar

Procurador-Geral da República
Antônio Augusto Brandão de Aras

Procurador-Geral de Justiça Militar
Antônio Pereira Duarte

Vice-Procurador-Geral de Justiça Militar
Clauro Roberto de Bortolli

Coordenador da Câmara de Coordenação e Revisão do MPM
Edmar Jorge de Almeida

Corregedor-Geral do MPM
Samuel Pereira

Conselho Editorial

Antonio Carlos Gomes Facuri
Promotor de Justiça Militar –
Coordenador

Fernando Hugo Miranda Teles
Promotor de Justiça Militar

Karollyne Dias Gondim Neo
Promotora de Justiça Militar

Luciano Moreira Gorrilhas
Procurador de Justiça Militar

Conselho Editorial Honorário

José Carlos Couto de Carvalho
Subprocurador-Geral de Justiça Militar
aposentado

Manoel Jorge e Silva Neto
Subprocurador-Geral do Trabalho

Marcelo José de Guimarães e Moraes
Promotor de Justiça do Ministério Público
do Estado do Amapá

Maurizio Block
Procurador-Geral da Justiça Militar
italiana

Péricles Aurélio Lima de Queiroz
Vice-Presidente do Superior Tribunal
Militar

Romana de Castro
Secretária

Revista do Ministério Público Militar

Ano XLVII – Edição n. 37 – maio de 2022
Brasília – DF

Revista do Ministério Público Militar

<http://revista.mpm.mp.br/>

Ministério Público Militar
Setor de Embaixadas Norte, lote 43
70800-400
Brasília – DF
Telefone: (61) 3255.7308
Homepage: <http://www.mpm.mp.br>

Capa: Carole Kümmecke

Revisão de textos e diagramação: Romana de Castro

Tiragem: 600 exemplares

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

Revista do Ministério Público Militar – Ano I, n. 1 (1974) – Ano 47, Edição n. 37 (maio 2022) – Brasília: Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974–

Semestral

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

ISSN 0103-6769 (Impressa)

ISSN 2596-1608 (Online)

I – Brasil. Ministério Público Militar.

Apresentação

Sapere Aude
(*Ousai Saber, lema dos Iluministas*)

Com muito júbilo, fazemos a apresentação de mais uma edição da Revista do Ministério Público Militar, que tem se tornado um repositório de reflexões jurídicas cada vez mais respeitável, com abordagens densas e muito destacadas sobre os temas mais palpitantes do ordenamento jurídico militar.

Em um mundo cada vez mais complexo, plural e tecnológico, torna-se essencial que tenhamos domínio sobre o contexto de atuação em que são vivenciadas as experiências mais específicas, buscando dar pleno viço aos institutos e às suas consequências singulares, jamais se distanciando das matrizes inspiradoras deste campo próprio do saber jurídico.

Como bem lembrado por Yuval Harari, é importante que os cientistas prossigam fazendo pesquisas e publicando os resultados em revistas científicas, mas é igualmente necessário comunicar as últimas teorias ao público em geral por meio de livros de divulgação científica e mediante o uso inteligente da arte e da ficção. Isso porque segundo o grande

historiador contemporâneo, *silêncio não é neutralidade, é apoio ao status quo.*¹

Sob a perspectiva que nos anima momentaneamente, é cabível inferir que uma Revista que estampa encadeamentos de raciocínios sobre uma seara tão singular proporcione ao público leitor uma abordagem nova, inédita, que permita avanços ou contribua para enfoques diferenciados. Só assim servirá ao propósito de conferir dinamismo ao direito como ciência social aplicada.

Por isso mesmo, os cientistas do direito hão de tecer suas visões e promover seus escólios da maneira mais franca, clara e explícita, de modo a garantir uma compreensão igualmente ágil, fluida e condizente com a realidade social da qual se extraem os elementos nucleares de toda emersão jusfilosófica.

A 37ª Edição, que ora se traz a lume, buscou seguir tais contornos, com artigos que aprofundam o olhar sobre assuntos candentes do microcosmo jurídico militar, projetando alcances antes não divisados e proporcionando, efetivamente, vieses críticos que denotam a inquietude que presidiu cada um dos articulistas que emprestaram suas inteligências para compor o conjunto de ideias lançadas na revista.

¹ *In* 21 lições para o século 21, p. 302/tradução Paulo Geiger – 1ª ed. - São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

Portanto, há de ser cumprimentado todo o Conselho Editorial por fazer com que a política editorial da revista cada vez reflita mais todo esse anseio de canalizar esforços em prol de uma visão lúcida, crítica e construtiva do direito e do mundo que nos abriga, certo de que todos somos atores das transformações que devem permear cada ação e gesto produzido no grande teatro da vida.

A todos, uma leitura muito envolvente e esclarecedora.

Antônio Pereira Duarte
Procurador-Geral de Justiça Militar

Editorial

O Conselho Editorial do MPM tem a honra de apresentar aos caríssimos leitores e à comunidade científica esta edição eletrônica da Revista do Ministério Público Militar, repleta de textos ligados aos temas do Direito Militar, Direito Público e Direitos Humanos.

Continuamos adotando uma metodologia de trabalho voltada ao alcance do cumprimento de propósitos que direcionem este periódico rumo à cientificidade requerida pela comunidade científica, pelos indexadores e indicadores métricos e pelos sistemas de classificação da produção científica, como o Qualis/CAPES, do Ministério da Educação.

Nesta edição, foi-nos ofertado um conjunto de artigos brilhantes, em sua maioria versando sobre temas relacionados ao direito administrativo, penal e processual penal militares, bem como ao direito constitucional e ao direito processual civil, enviados por distintos autores a quem dispensamos o nosso profundo respeito e externamos a nossa gratidão, sempre atentos a que os colaboradores da Revista do MPM merecem, continuamente, toda a nossa homenagem, pois eles representam a fonte de conhecimento que é propagado por meio desta revista,

contribuindo para o alcance do nosso objetivo primordial, qual seja: divulgar, da maneira mais abrangente possível, o conhecimento nos temas que são afetos à nossa comunidade científica.

Desejamos aos nossos leitores uma primorosa experiência de aprofundamento do conhecimento.

Boa leitura!

Conselho Editorial do MPM

Sumário

- ❖ DANTAS JÚNIOR, João Fabrício. *A conduta criminal militar: o Causalismo Penal como método de proteção de bens jurídicos militares*, pp. 13-48
- ❖ GORRILHAS, Luciano Moreira. *Caso Guadalupe – 82 tiros deflagrados em via pública por oito militares contra o carro de um músico: da prisão em flagrante ao julgamento*, pp. 49-70
- ❖ GUIMARÃES, André Osvaldo Brandão. *Regime jurídico dos oficiais da reserva não remunerada: direitos e deveres decorrentes da Carta Patente*, pp. 71-100
- ❖ IGLESIAS, Allan Kardec Campo. *Benefício do perdão de dívidas no âmbito do Fundo de Saúde do Exército Brasileiro – FUSEx para beneficiário que comprova incapacidade econômica*, pp. 101-134
- ❖ IGLESIAS, Allan Kardec Campo; SILVA, Washington Luiz Bezerra da. *Habeas corpus em sede de transgressão disciplinar*, pp. 135-166
- ❖ LINHARES, Cristiano. *Regulamentos disciplinares das Forças Armadas: imprescindibilidade de defesa técnica na apuração das transgressões*, pp. 167-206
- ❖ MELO, Matheus Santos. *O diálogo das fontes entre direito civil e penal militar no crime de furto e de furto de uso*, pp. 207-242
- ❖ NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Crime militar extravagante de sabotagem*, pp. 243-272

- ❖ PADILHA, Alessandro Marcello Gurjão. *Filme Tropa de Elite e o Direito Penal Militar: A (in)admissibilidade do Consentimento do Ofendido*, pp. 273-294
- ❖ PINTO, Marcos José. *O direito constitucional de acesso à justiça no Brasil e as limitações recursais*, pp. 295-348
- ❖ POSADA, Carlos Eduardo O'Reilly Cabral. *A violação de premissas constitucionais na condução do IPM e a lei de abuso de autoridade*, pp. 349-392
- ❖ RAMIS, Cássius Antônio Barbosa. *Do reconhecimento do princípio da insignificância pela autoridade policial judiciária militar*, pp. 393-426
- ❖ SILVA, Hoffmam Rodrigues da. *Força Expansiva dos Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas: (Im)Possibilidade de enquadrar normas civis como Transgressão Disciplinar*, pp. 427-460

A conduta criminal militar: o Causalismo Penal como método de proteção de bens jurídicos militares

João Fabrício Dantas Júnior

Advogado. Mestre em Direito Constitucional – PPGD – UFRN. Professor de Pós-Graduação em Direito – UNI-RN.

Data de recebimento: 19/04/2022

Data de aceitação: 30/04/2022

RESUMO: A pesquisa foi motivada pela adoção do Causalismo Penal à conduta, junto ao Artigo 33 do Código Penal Militar. Desse modo, à medida que se posicionam o dolo e a culpa na Culpabilidade, terceiro substrato analítico do delito militar, relegando a conduta criminal à mera mecanicidade, efeitos reflexos em atos investigativos e processuais-probatórios ganham relevância no referido procedimento. Averiguar-se-á como o Causalismo Penal interfere na produção de provas e em seu ônus, nas decisões da Justiça Militar e na proteção dos bens jurídicos protegidos pela norma penal militar. Na pesquisa, adotou-se o método dedutivo de argumentação e conclusão, conduzido por revisão de literatura, composta por fontes doutrinárias, jurisdicionais e, ainda, legais. O emparelhamento comparativo entre a analogia do delito militar e seu Causalismo Penal, de um lado, e a analogia do delito comum, especificamente nas suas condutas delituosas e no seu

Finalismo, adotado em 1984, possibilitará vislumbrar os argumentos e as eventuais conclusões alcançadas durante a pesquisa.

PALAVRAS-CHAVE: conduta penal militar; causalismo; finalismo.

ENGLISH

TITLE: Military criminal behavior: the Criminal Causalism as a defense method of military legal assets.

ABSTRACT: The research was motivated by the adoption of Criminal Causalism to conduct, along with Article 33 of the Military Penal Code. Thus, as long it took place intent and guilt in Culpability, the third analytical substrate of military crime, relegating criminal conduct to mere mechanicity, reflex effects in investigative and procedural-evidence acts gain relevance in that procedure. It will be investigated how Criminal Causalism interferes in the production of evidence and its burden, in the decisions of the Military Justice, in the protection of legal interests protected by the military criminal law. Along with the research, the deductive method of argumentation and conclusion was adopted, conducted by a literature review, composed of doctrinal, jurisdictional and legal sources. The comparative pairing of the analogy of the military crime, and its Criminal Causalism, on the one hand, and the analogy of the common crime, specifically in its criminal conducts and in its Finalism, adopted in 1984, will make it possible to unveil the arguments and eventual conclusions reached through the search.

KEYWORDS: military criminal behavior; causalism; finalism.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O Causalismo Penal no Direito Penal Militar Brasileiro – 3 Os Bens Jurídicos Penais Militares e o Reflexo da Adoção do Causalismo Penal – 4 O Causalismo Penal e sua Adequação à Dignidade – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil adotou, junto ao seu Código Penal Militar de 1969, o Causalismo como critério de reprovabilidade da conduta criminal. Essa escolha legal traz várias consequências jurídicas que afastam o tratamento da conduta criminosa, no âmbito penal militar, daquilo encontrado no Código Penal comum, haja vista o texto normativo do código de 1940 adotar o Finalismo de Hans Welzel, com a reforma implementada em 1984.

Assim, a escolha do legislador para o Código Penal Militar recaiu sobre o Causalismo, objeto da pesquisa. Para a construção argumentativa, em algumas oportunidades, tal objeto será posto em contraponto ao Finalismo, já referido, de modo a se analisarem as discrepâncias e ainda as consequências normativas e judiciais penais para o processamento de crimes cometidos sob a égide do Causalismo.

No Capítulo 2 do trabalho, procurar-se-á definir o Causalismo, visto ser técnica de reprovabilidade da conduta; mais: como isso se diferenciaria do regime jurídico da conduta

quando confrontado ao Finalismo Penal. Nesse capítulo, será construído o método da formação do injusto penal, com os elementos analíticos do delito analisados em seus *loci* adequados, como forma de visualização dos resultados práticos dessa adoção.

Para o Capítulo 2, utilizar-se-á das doutrinas de Ênio Luiz Rosseto, Franz von Liszt, Guilherme de Souza Nucci, Hans Welzel, Fernando Capez e ainda Rogério Greco.

No Capítulo 3, investigar-se-á como a adoção do Causalismo pela legislação penal militar atinge e influencia a atividade de busca de elementos de informação inquisitorial e, ainda, as técnicas probatórias aplicadas ao processo penal militar pelos titulares da ação penal e ainda com matéria de defesa.

Uma das grandes consequências da adoção do Causalismo, assim, a conduta completamente objetiva, agora, deve ter observadas as suas consequências no procedimento do inquérito penal militar e ainda no processo judicial militar, principalmente na instrução e no ônus da prova.

Para o Capítulo 3, o trabalho adotará as doutrinas de Claus Roxin, Jesus-Maria da Silva Sánchez e ainda Manoel Cancio Meliá. Nesse Capítulo, ainda serão colacionados posicionamentos do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e, por fim, do Superior Tribunal Militar.

Por último, no Capítulo 4, a pesquisa busca responder como a adoção do Causalismo penal poderia enfrentar disposições internacionais sobre Direitos Humanos e de adequação à dignidade, quando se está diante de uma técnica de formação do injusto penal, numa construção analítica, que abandona à conduta critérios objetivos e facilitados de investigação e prova. Além disso, será averiguado se, em face da técnica adotada para o Código Penal Militar, tais dispositivos enfrentariam alguma crise de recepção constitucional, diante do que pondera a Constituição Federal sobre garantias processuais penais e ainda sobre a dignidade humana.

Por último, ainda no Capítulo 4, será averiguado se a construção analítica do delito baseada na Causalidade e todos os seus desdobramentos ao ônus probatório teriam algum reflexo e discordância sobre o que a doutrina julga pertencer ao conteúdo do devido processo legal.

Nesse Capítulo 4, serão adotadas as doutrinas de Yara Maria Pereira Gurgel, Luís Roberto Barroso, Gustavo Gonet Branco, Gilmar Ferreira Mendes e, ainda, Jorge Reis Novais.

Para a pesquisa, como visto, serão adotadas fontes doutrinárias, legais e jurisprudenciais.

À pesquisa, será utilizado o método dedutivo de argumentação e conclusão.

Ao final, nas conclusões, serão arregimentadas as eventuais conclusões parciais alcançadas ao longo dos capítulos, como forma de construção de um pensamento global sobre o objeto da pesquisa: a conduta criminal militar sob o Causalismo penal.

2 O CAUSALISMO PENAL NO DIREITO PENAL MILITAR BRASILEIRO

No Capítulo 2, a pesquisa busca responder qual a construção analítica do delito no Causalismo penal.

O Código Penal Militar, como observado, adota o Causalismo penal para a tipificação da conduta criminal. Dessa forma, no fato típico penal militar – este composto de quatro elementos: conduta, resultado, nexó e ainda tipicidade –, não existiriam os elementos volitivos do dolo e da culpa. Se ordinariamente, segundo o Finalismo de Hans Welzel, adotado junto ao Código Penal Comum, o dolo e a culpa seriam encontrados na conduta, dentro do fato típico, no Código Penal Militar, esse quadro se modificaria. Nele, os mesmos elementos – dolo e a culpa –, segundo o Causalismo, serão encontrados apenas na culpabilidade penal, terceiro substrato do delito.

Isso é constatado quando se observa o Artigo 18 do Código Penal, que, em seu inciso I, afirma que o crime é doloso

quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo, confirmando a adoção do Finalismo. Por outro lado, observado o Código Penal Militar, em seus Artigos 33 e 38, verifica-se que o referido código aponta, por exemplo, que diante de uma coação irresistível, o que, no Código Penal comum, excluir-se-ia a própria tipicidade, no Código Penal Militar, exclui-se apenas a Culpabilidade, confirmando a adoção do Causalismo junto ao documento militar.

O fato típico penal militar e, em específico, sua conduta criminosa, ensejariam elementos objetivos de composição, somados a elementos volitivos da conduta, aspectos mecânicos que não demandariam cognição da conduta criminosa, em que se encontram o dolo e a culpa. A chamada conduta criminosa militar seria, então, apenas volitiva, e eventuais aspectos subjetivos da conduta e da reprovabilidade seriam encontrados apenas na Culpabilidade, terceiro substrato do delito.

Esse entendimento é apontado por Rosseto (2012, p. 165), quando o autor ressalta que em 1984 o dolo e a culpa foram levados para o tipo penal, na Parte Geral do Código Penal comum, ao passo que, no Código Penal Militar, o dolo e a culpa permaneceram como elementos da Culpabilidade, conforme o Artigo 33 do Código Penal Militar.

O mesmo apontamento é feito por Grego (2017, p. 502). O autor relata que no Causalismo a Culpabilidade é o local

adequado para o estudo dos elementos subjetivos – o dolo e a culpa. Mais: para o autor, o dolo e a culpa não apenas estavam na Culpabilidade; o dolo e a culpa eram espécies de Culpabilidade, elementos que deveriam ser aferidos antes mesmo da imputabilidade.

O Causalismo, segundo Capez (2020, p. 195), impunha que a fotografia externa do evento, independentemente da vontade do agente, seria o cenário suficiente para averiguar a justa causa para uma investigação e ainda interpor uma ação penal. A visão dos fatos era tudo o que importava ao fato típico. Os elementos subjetivos da conduta seriam apenas um fator de Causalidade, uma simples produção de resultado, algo abandonado com a reforma de 1984 do Código Penal.

Já Nucci (2017, p. 340) refere-se à corrente causalista como fruto dos pensamentos de Von Liszt: nela, a pena era apenas uma consequência da conduta. Segundo o autor, a teoria causal era delineada por uma infração penal consubstanciada por uma conduta culpável. No Brasil, segundo o autor, a doutrina causalista foi adotada por Basileu Garcia, para quem a culpabilidade era o exato nexos subjetivo que ligava o crime ao seu autor, pois tal substrato do delito era composto apenas de dolo e culpa: assim, ao se deparar com as excludentes de culpabilidade, como a coação moral irresistível e a obediência

hierárquica, não se reconhecera nenhum aspecto valorativo na culpabilidade.

Distanciando-se do Código Penal Militar, o Código Penal comum adotou, com a reforma de 1984, o Finalismo. Na conduta penal militar estariam apenas aspectos mecânicos, à medida que o dolo e a culpa estariam na Culpabilidade. Por sua vez, agora no Código Penal encontra-se o tipo doloso, no qual o agente quis a ação e ainda deve assumir o risco de sua conduta, conforme o Artigo 18, inciso I, do referido código. Sem essa assunção de responsabilidade das consequências de seus atos, corroborada com todos os elementos subjetivos já na conduta, elemento do fato típico, não estaria consignada a própria tipicidade penal.

O Finalismo, técnica de definição da conduta criminosa, foi elevado por Welzel¹ (1956, p. 105) a um conceito finalista da autoria. Nele, a construção analítica do delito toma o resultado das determinações fundamentais do conceito de ação finalista e ainda do injusto pessoal. Para o autor, a teoria da autoria não teria outro fim que o de destacar o centro personalíssimo da ação

¹ Texto original: *El concepto finalista de autor resulta de las determinaciones fundamentales del concepto de la acción finalista y de lo injusto personal, ya que, como se sabe, la teoría de autor no tiene otro fin que ele de destacar el centro personal de acción del hecho antijurídico. Por eso pertenece a la autoría em general el dominio finalista del hecho (como elemento general de lo injusto personal de los tipos dolosos); a él se agregan, em muchos casos, como elementos específicos de autoría, las características objetivas e subjetivas personales de lo injusto.*

da conduta antijurídica. Portanto, pertenceria à autoria o domínio finalista da conduta, e a ela se agregariam elementos objetivos e subjetivos do injusto penal.

Para Welzel² (1956, p. 51), a causalidade seria o pressuposto mais elementar da conduta e o limite mais extremo da responsabilidade penal – não se confunda, aqui, a causalidade, ou o nexos causal, com o Causalismo penal. Pela causalidade, seria responsável somente o autor da conduta, e ainda os eventuais partícipes que ensejaram um resultado. A esse cenário de causalidade somar-se-ia aos pressupostos da concepção do delito – tipicidade, nexos, ilicitude e culpabilidade –; e ainda se manteriam todos os pressupostos do Finalismo. A causalidade ensejaria o nexos entre a ação e o resultado, de onde se partiria para a busca do dolo e da culpa presente na conduta, elemento do Fato Típico, quadro do Finalismo de Hans Welzel.

O Finalismo, desse modo, levaria aspectos da vontade e da consciência ligados à conduta, de modo que, sendo a conduta elemento do Fato Típico, em não estando presentes o dolo ou, pelo menos, a culpa, aferidos logo na conduta, esta não se

² Texto original: *Com el establecimiento de la causalidad está averiguado, sin embargo, solamente el presupuesto más elemental, y el límite más extremo de la responsabilidad penal por un resultado. Por él puede hacerse responsable solamente a lo que lo ha causado. Pero si se lo hace responsable, realmente, depende de los demás presupuestos del concepto del delito, más allá de la cuestión causal; ante todo de la adecuación al tipo, del nexos de la acción, de la antijudicialidad y de la culpabilidad. Ya para la adecuación al tipo no alcanza nunca el mero nexos de condición.*

consubstanciaria como conduta relevante. Mais: sem a conduta relevante, não haveria a causalidade, pressuposto para um resultado.

O mero Causalismo penal, com a respectiva ausência dos elementos de cognição já na conduta, impediria a reprovabilidade, apesar de ainda permitir a tipicidade, segundo Liszt (1899, pp. 270-272). Para esse autor, o resultado é imputável quando o agente pratica o ato, apesar de prever o resultado, demonstrando que já em sua época combatia o Causalismo. Segundo o autor, dolo seria a representação do ato voluntário como causa, o que faria necessária a construção mental da ideia de crime determinado, previsão do resultado e ainda a representação mental de que o resultado será efeito direto do ato voluntário – este encontrado no Finalismo de Hans Welzel –, a própria causalidade.

O debate acerca da localização do dolo – se na conduta do fato típico ou se na culpabilidade – fez Liszt (1899, p. 287) observar que a doutrina alemã possuía, em sua época, um grupo de juristas, como Binding, que defendia que o dolo ou a culpa deveriam conter a consciência do injusto e da ilegalidade de sua conduta. Para esse grupo, dolo seria uma violação por ação, mesmo percebendo a norma na qual incide. Outro grupo, por sua vez, entendia que o delito não era a simples vontade de praticar o mal, mas a vontade de fazer ou deixar de fazer alguma coisa

que a lei proibiria ou ordenaria, respectivamente, do que se infere que a ilegalidade seria apenas circunstância constitutiva. Referida localização, no embate entre as duas escolas, seria a adoção do Causalismo ou do Finalismo, na escola alemã.

No Finalismo, em que apenas as condutas absolutamente acompanhadas de elementos subjetivos seriam relevantes, elementos presentes necessariamente no momento da ação ou omissão, segundo Franz von Liszt, impediriam, em tese, que o comportamento da vítima pudesse ser imputado a outro, como fato desabonador penal – inexistiria liame subjetivo para a consideração de algum eventual concurso de agentes. Além disso, o resultado da conduta não poderia ser imputado a quem não praticou a conduta, mesmo existindo liame subjetivo para tal – logicamente, tratando-se de autoria, haja vista a responsabilidade para o tipo penal das ações dos partícipes, por meio de normas de extensão. Restaria eventual imputação e criminalização de desejos, algo não admitido na moderna dogmática penal, nem nesta pesquisa.

Observe, contudo, que, mesmo hoje, há posicionamentos do Superior Tribunal Militar que afastam, em *obter dicta*, a adoção do Causalismo para o processamento dos crimes militares. Mesmo diante da previsão do Código Penal Militar, esse tribunal superior tem temperado as considerações legais do Artigo 33, disposições combinadas com o encontrado no Artigo

38, ambas do Código Penal Militar. Isso permite a busca por um procedimento em que as provas da conduta criminal acusada tenham em seu arcabouço probatório provas do dolo e da culpa, aspectos de um sistema garantista.

O Artigo 33 do Código Penal Militar, assim, consagra o Causalismo penal, método que adota a conduta criminal do fato típico penal militar como apenas uma atividade mecânica, sem elementos subjetivos, o que possibilitaria que o fato típico penal militar seja constituído sem maiores investigações sobre motivações do crime.

3 OS BENS JURÍDICOS PENAIS MILITARES E O REFLEXO DA ADOÇÃO DO CAUSALISMO PENAL

Com a adoção do Causalismo penal, para os tipos previstos no Código Penal Militar, a investigação e o processamento, tanto no inquérito penal militar, quando junto à ação penal militar, na Justiça Militar, adotam deveres e atribuições singulares para o encarregado da investigação e ainda para o Ministério Público Militar, respectivamente.

Nesse capítulo 3, busca-se responder como o Causalismo penal altera as atribuições investigativas, no inquérito policial militar, e ainda as atribuições probatórias, na ação penal militar, características que diferenciariam ao que é encontrado no regime

ordinário do Código de Processo Penal e no Finalismo de Hans Welzel.

À medida que a conduta criminosa, no fato típico, sob o Causalismo, não possui elementos subjetivos nem de dolo, nem a culpa, que foram transportados para a Culpabilidade, o fato típico penal militar se torna muito mais fácil de ser investigado e comprovado pelo órgão investigador e ainda pelo órgão acusador. A tomada de elementos de informação e, posteriormente, das provas na instrução processual, precisa apontar, no Causalismo, apenas para a conduta objetiva, o resultado e o nexo, construindo toda a Tipicidade penal.

O dolo e a culpa, elementos que, no conceito analítico do tipo penal militar estão somente na Culpabilidade, restariam ser demonstrados como fatores excludentes, de defesa, fatos que atingiriam somente o terceiro substrato do delito, o que afastaria a punibilidade apenas na última etapa de análise do fato imputado ao acusado.

No Código de Processo Penal Militar, encontra-se, em seu Artigo 9º, que o inquérito policial militar tem a função de apuração sumária dos fatos e da autoria que poderiam configurar um crime militar. Do mesmo modo, ao procedimento judicial militar, o Artigo 30 do mesmo código referenda que a denúncia deve apresentar a prova do fato e ainda indícios de autoria.

No Superior Tribunal Militar, na recente Apelação 7000483-83.2021.7.00.0000, confirma-se a técnica adotada no Código Penal Militar, na medida em que o relator argumentou que a conduta do apelante se amoldaria ao artigo 290 do Código Penal Militar, pois guardaria conscientemente em seu armário substância entorpecente proscrita. Então, no último argumento utilizado no relatório dessa apelação, por palavras do Ministro Relator, apontou-se que a instrução comprovou a materialidade, a autoria e a culpabilidade do apelante, o que permite concluir que a tipicidade da conduta, meramente mecânica, não foi atingida pelo debate sobre o dolo ou a culpa nos autos.

Observa-se que, em tal cotejo probatório, no procedimento ordinário segundo os ditames do Código Penal comum, eventual material probatório produzido com sucesso pela defesa ensejaria a exclusão da própria tipicidade, se fosse provado que não havia dolo ou culpa criminosa na conduta em julgamento; em tese, no procedimento penal militar, a exclusão do dolo e da culpa atingiria somente a Culpabilidade, o que permitiria uma investigação válida sobre a materialidade e a autoria da conduta.

Por outro lado, no Recurso em *Habeas Corpus* 144.336/SP, o Supremo Tribunal Federal entendeu que o Direito Penal pátrio adota a teoria finalista, na qual o resultado advindo da conduta deve estar presente no dolo ou na culpa do agente.

Consoante o pensamento do Pretório Excelso, o Superior Tribunal de Justiça também se alinhou, no *Habeas Corpus* 544.800/SP, ao entendimento de que o dolo, desde o nascimento do Finalismo, integraria a própria conduta, passando a ser entendido como a consciência e a vontade de realizar os elementos do tipo com propósito de lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico.

O Causalismo penal, como visto, permite que os bens jurídicos militares, no Ordenamento Jurídico brasileiro, ganhem uma técnica de promoção e proteção no procedimento penal militar que não é encontrado no procedimento comum ordinário. O Causalismo permite que a justa causa da ação penal militar veja como suficiente a narrativa da conduta, acompanhada de elementos de informação apurados em inquérito penal militar, haja vista que eventuais elementos do dolo e da culpa serão analisados apenas ao longo do processo, provavelmente como elementos de busca da defesa, uma vez que localizados na Culpabilidade do delito.

Não há, teleologicamente, diferença entre a função do Direito Penal e do Direito Penal Militar, portanto, entre o Causalismo e o Finalismo, respectivamente. Ambos protegem bens jurídicos e alinhar-se-iam ao que se refere Roxin³ (1981, p.

³ Texto original: *También las categorías jurídicas de la teoría general del delito consituyen objetos de investigación mundiales de cada ciencia penal*

18), quando o autor afirma que a reprovabilidade pela medida da culpabilidade obedece a ditames constitucionais que impõem a congruência das penas. Para ele, as categorias jurídicas de uma teoria geral do delito constituem objetos de uma investigação mundial de cada ciência penal mais ou menos alinhadas. Instituições jurídicas, como a legítima defesa e o estado de necessidade, teriam um papel diferente em cada Ordenamento, pois suas situações de vida que demandam sua imposição são onipresentes.

Sendo os bens jurídicos protegidos iguais em valor e em seu conteúdo, a adoção do Causalismo, pelo Código Penal Militar, resulta que os deveres da acusação seriam facilitados, pois os relatos dos fatos, acompanhados dos elementos de prova previamente recolhidos, não precisariam preencher os eventuais elementos subjetivos da conduta, componente do fato típico, uma vez que encontrados apenas na Culpabilidade, algo que seria constatado ao longo da instrução, apenas. Isso refletiria num sistema jurídico acusatório mais veloz, algo preconizado por Silva Sánchez (2002, p.148), em que o autor defende que à criminalidade de uma sociedade pode-se fazer necessário um Direito Penal de terceira velocidade. Segundo ele, tal

más o menos desarrollada. Instituciones jurídicas como la legítima defensa y el estado de necesidad juegan necesariamente un papel en cada ordenamiento jurídico, porque las situaciones de vida a las que deben su aparición son ubicuas.

pensamento guardaria estreita relação com as ideias de Jakobs e o Direito Penal do Inimigo, um contraponto ao Direito Penal dos cidadãos.

Essa correlação de uma velocidade do Direito Penal adequada e necessária ao momento e o Direito Penal do Inimigo, segundo Silva Sánchez (2002, p. 148), é observada quando o tal Direito impõe uma antecipação da proteção penal, isto é, uma mudança de perspectiva do fato passado a um porvir; uma ausência de uma redução da pena correspondente a uma tal participação; a transposição da legislação jurídico-penal à legislação de combate; ou ainda, o solapamento de garantias processuais. Some-se, diante do arcabouço alcançado na adoção do Causalismo Penal presente no Código Penal Militar: a tipicidade com uma conduta objetiva, mecânica, sem os elementos subjetivos, permitindo que a investigação e o processamento se deem por elementos de informação e prova que não precisariam descrever o que motivou a conduta.

À medida que o sistema acolhe o Causalismo, ele se destaca pela busca de atores que passam a ser investigados e processados por suas ações puras, sem elementos subjetivos da conduta nos autos de qualquer acusação, algo que faz o procedimento aproximar-se perigosamente do que Günter Jakobs e Câncio Meliá denominaram de um Direito Penal do

Inimigo. Observe-se que Meliá⁴ (2003, pp. 100-101) já preconizava que o Direito Penal do Inimigo jurídico-positivo vulnerava vários pontos da conduta. Para o autor, na doutrina tradicional, tal pensamento seria um princípio liberal, de acordo com o qual se deve excluir responsabilidade jurídico-penal por meros pensamentos ou, ainda, afastar um Direito Penal baseado na atitude interna do autor.

A levar tais parâmetros às últimas circunstâncias, segundo Meliá⁵ (2003, p 101), alcançar-se-ia um quadro encontrado no Direito Penal Espanhol relativo ao terrorismo, com a eliminação positiva das diferenças entre preparação e tentativa; entre participação e autoria; ou ainda a diferenciação entre os fins políticos de um crime e a colaboração com uma organização terrorista. Esse quadro é incompatível com a técnica

⁴ Texto original: *Como es sabido, el Derecho penal del enemigo jurídico-positivo vulnera, así se afirma habitualmente en la discusión, en diversos puntos el principio del hecho. En la doctrina tradicional, el principio del hecho se entiende como aquel principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídico-penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo de un Derecho penal orientado con base en la actitud interna del autor.*

⁵ Texto original: *Si se examina, ante este trasfondo — por ejemplo, em el Derecho penal español relativo al terrorismo después de las últimas modificaciones legislativas habidas — la amplia eliminación iuspositiva de las diferencias entre preparación y tentativa, entre participación y autoría, incluso entre fines políticos y colaboración con una organización terrorista, difícilmente puede parecer exagerado hablar de un Derecho penal de autor: mediante sucesivas ampliaciones se há alcanzado un punto que estar ahí de algún modo, formar parte de alguna manera, ser uno de ellos, aunque sólo sea un espíritu, es dsuficiente.*

adotada por Hans Welzel, vista acima. O Direito Penal do Inimigo, para Meliá⁶ (2003, p. 99-100), adotando uma reação excepcional, demoniza grupos de autores por tipificação implícita, restringindo fortemente seus direitos.

Em arremate, para Meliá⁷ (2003, p. 100-101) o Direito Penal do Inimigo vulnera em vários pontos o princípio da punição pelas ações. Para ele, se, na doutrina tradicional, a punição pela conduta seria um princípio genuinamente liberal, de acordo com o qual se deveria excluir a responsabilidade jurídico-penal por meros pensamentos, é o mesmo que dizer que seria um Direito Penal orientado com base na atitude volitiva do autor.

A suficiência da conduta composta apenas por seus elementos volitivos, sem qualquer elemento cognitivo da ação,

⁶ Texto original: *El Derecho penal del enemigo prácticamente reconoce, al optar por una reacción estructuralmente diversa, excepcional, la competencia normativa (la capacidad de cuestionar la norma) del infractor; mediante la demonización de los grupos de autores implícita en su tipificación — una forma exacerbada de reproche — da ressonância a sua hechos.*

⁷ Texto original: *Como es sabido, el Derecho penal del enemigo jurídico-positivo vulnera, así se afirma habitualmente en la discusión, en diversos puntos el principio del hecho. En la doctrina tradicional, el principio genuinamente liberal de acuerdo con el cual debe quedar excluida la responsabilidad jurídica-penal por meros pensamientos, es decir, como rechazo de un Derecho penal orientado con base en la actitud interna del autor. Si se lleva este punto de partida coherentemente hasta sus últimas consecuencias — mérito que corresponde a JAKOBS — queda claro que em una sociedad moderna, con buenas razones funcionales, la espera de intimidade adscrita al ciudadano no puede quedar limitada a los impulsos neuronales — algo más que los pensamientos son libres —.*

para o fato típico do Causalismo, permite que os bens jurídicos penais ganhem proteção robusta no procedimento penal militar, na medida em que o Ministério Público Militar teria atribuições facilitadas para a narrativa dos fatos, do ônus de prova, além de uma fundamentação mais branda do pedido. À defesa restaria assumir que os elementos do dolo e da culpa, que não estão na Tipicidade Penal – especificamente na conduta –, mas na Culpabilidade, seriam mais um meio de defesa, apesar de assumirem ainda mais um ônus processual.

Haveria reflexos ainda sobre as excludentes. Greco (2017, p. 520) aponta que, apesar da importância da teoria causal para a elaboração do conceito do tipo, conforme as ideias de Beling e Liszt, ainda assim haveria consequências graves, que destoaria os resultados da conduta dos motivos do agente. Condutas com excludentes da culpabilidade, como a Legítima Defesa, por exemplo, demandariam apenas que o agente comprovasse que a conduta não contrariou a lei penal. Não se precisaria indagar se o elemento subjetivo do agente estaria conforme sua conduta, haja vista que a antijuridicidade possuiria apenas natureza objetiva, no Causalismo. No Causalismo, exemplificando, um agente (a), que observa um inimigo (b), postado à esquina, não enxerga que esse inimigo (b) está prestes a esfaquear um transeunte (c) que se aproxima, para roubar-lhe o relógio. Na medida em que o agente (a) atira nas costas de seu

inimigo (b), matando-o, ele impede que tal inimigo (b) venha a cometer o crime de latrocínio contra o transeunte (c). Contudo, tal concatenação de fatos não permite concluir que o agente (a) agiu em legítima defesa do transeunte (c), na medida em que lhe faltam os elementos subjetivos da conduta para consubstanciar a excludente.

Observe que no Causalismo, se os elementos subjetivos da legítima defesa de terceiro estiverem presentes, excluir-se-ia a Culpabilidade, apenas.

Sobre tais consequências, observou-se, no Superior Tribunal Militar, que muitas vezes a análise da conduta militar criminosa, prevista no Código Penal Militar, é construída utilizando-se dos ditames finalistas, presentes no Código Penal comum. Nessa escolha, o réu do procedimento penal militar veria que a narrativa da sua conduta, na peça acusatória, já deve esclarecer os pontos do dolo e da culpa, com elementos de informação que deverão passar pelo crivo do contraditório na etapa processual de produção de prova. Tal técnica, apesar de não estar expressa no Código Penal Militar, é uma interpretação garantista, adequada à Constituição Federal, e possível de ser adotada pela judicatura militar, na condução do procedimento.

A importância dos bens jurídicos militares, muitos deles ligados à guerra e, portanto, à defesa da existência do próprio Estado brasileiro, pode ensejar medidas igualmente

extraordinárias. Observe-se que, na própria Constituição Federal, § 2º do Artigo 142, encontram-se limitações ao direito fundamental do *habeas corpus* para punições disciplinares militares. Assim, é constitucionalmente previsto que o Direito Administrativo Militar e ainda o Direito Penal Militar sofrem limitações das garantias fundamentais previstas ao longo do Artigo 5º da Constituição, quando comparados aos parâmetros comuns. O Causalismo seria um desses métodos, afastado do Finalismo, na legislação ordinária.

O resultado da adoção dessa técnica seria procedimental, seja quanto ao inquérito, seja quanto à ação. A produção de provas sobre a conduta se tornaria mais simples, objetiva, mecânica, perfazendo a causalidade num modo mais direto. À defesa, restaria à busca de elementos diretos ou indiretos que afastem, ou os fatos em si, ou ainda os efeitos alegados aos fatos narrados – a defesa indireta –, o que desaguardaria no próprio cotejo da Culpabilidade e, apenas nesse estágio da construção do delito, atingir-se-ia o dolo e a culpa penal.

4 O CAUSALISMO PENAL E SUA ADEQUAÇÃO À DIGNIDADE

À medida que se observou que o texto normativo inalterado do Código Penal Militar ainda adota o Causalismo como meio de mais fortemente reprimir as condutas tipificadas que afrontem bens jurídicos militares, as reverberações encontradas na construção analítica do delito militar precisam, neste capítulo, ser filtradas sobre o que é entregue pelo Direito Internacional sobre Direitos Humanos e ainda pelo Direito Penal Internacional, diante da adoção desse método de reprovabilidade da conduta e de acordo com o que a doutrina alinha a própria dignidade ao procedimento penal.

Atente-se, por primeiro, que o Tribunal Penal Internacional adota, em seu estatuto, uma constituição analítica do delito que se alinha completamente ao Finalismo, de Hans Welzel. No Artigo 66, em seu ponto 2, é previsto que incube ao Procurador com atribuições de acusação, que funciona perante o referido tribunal, o ônus da prova da culpa do acusado. Desse modo, é seguro dizer que o Tribunal Penal Internacional adota o Finalismo para conferir ônus à acusação sobre a prova dos elementos subjetivos da conduta, item do Fato Típico. O tribunal, ao qual o Brasil adere sem reservas para julgar crimes de guerra, assim, difere do que a Justiça Militar brasileira,

também especializada para um leque – maior – de crimes militares, precisaria manusear quando da interpretação do Código Penal Militar, à medida que a acusação, no referido tribunal internacional, deve provar a culpa do acusado já no relato e na instrução da conduta acusada, no bojo da tipicidade da conduta.

Como visto, à medida que a composição analítica do delito influencia diretamente no procedimento, desbalanceando completamente a distribuição do ônus da prova, como visto, o Causalismo se distancia ainda mais do Finalismo quando tal confronto é dado no bojo de um procedimento penal. Uma decisão da Suprema Corte Americana que reconheceu a dignidade humana violada por uma decisão fundada em provas obtidas sem respeitar a proteção da intimidade pessoal, por exemplo, levou Gurgel (2018, pp. 73-74) a observar que o devido processo legal é faceta da dignidade da pessoa humana.

Tal apontamento leva-se a considerar, na presente pesquisa, que não basta o procedimento penal militar estar previsto no Código de Processo Penal Militar, é necessário ainda que haja alinhamento à dignidade, esta de caráter constitucional. A previsão do procedimento no Decreto-Lei 1002, de 1969, o Código de Processo Penal Militar, assim, não seria suficiente: é necessário que o procedimento seja adequado à dignidade da pessoa humana.

Barroso (2014, p. 47) é outro autor que enxerga o ônus probatório como reflexo processual do devido processo legal e, portanto, reflexo ainda da dignidade da pessoa humana. O autor exemplifica essa conclusão do processo já datada de 1952, *Rochin v. Califórnia*, onde a Suprema Corte Americana estabeleceu uma conexão direta entre as formas pelas quais as provas são obtidas e a dignidade humana. Esse tribunal considerou que o bombeamento compulsório do estômago do recorrente, para extrair capsulas de drogas, violaria a cláusula do devido processo da Décima Quarta Emenda. Nesse julgamento, o *justice* Felix Fransfurter, relator, ressaltou que a conduta seria tão brutal e ofensiva para a dignidade humana, que chocaria a consciência – foi, segundo Luís Roberto Barroso, o primeiro caso em que a Suprema Corte Americana embasou sua decisão na dignidade da pessoa humana.

Corroborando o que Yara Maria Pereira Gurgel apontou, acima, sobre o devido processo penal e a própria dignidade humana, Branco (2020, p. 56) observa que o devido processo legal, previsto no Artigo 5º, LIV, sempre há de dar ensejo a um devido processo legal material. Nesse procedimento, haverá de haver razoabilidade e proporcionalidade nas ações dos poderes públicos. Mendes (2020, p. 210), também oportunamente, defende que a garantia do devido processo legal, como garantia real, é alçada como argumento e como garantia geral, em lugar

das garantias especiais do direito ao contraditório e da ampla defesa, do juiz natural ou ainda da proibição do uso da prova ilícita. Por oportuno, não se pretendendo definir o conteúdo jurídico dos princípios apontados pelo autor, como ainda delimitar parâmetros e coincidências parciais num eventual embate ou concomitante incidência, caminha-se para concluir que tais princípios correlatos ao devido processo legal seriam agredidos quando se impõe o ônus da prova da ausência do dolo e da culpa ao acusado, e não à acusação.

O papel do devido processo legal penal, assim, não se mostraria completo com a simples previsão legal das regras do procedimento. Há parâmetros constitucionais que devem ser obedecidos. Por outro lado, restringir um direito ou uma garantia fundamental poderia ser ato que incorre em inconstitucionalidade. Novais (2003, p. 296) exemplifica com a liberdade, que não poderia ser entendida como reserva individual contra o próprio Direito, visto que ela própria é juridicamente garantida pelos direitos fundamentais, mas não é, tão pouco, entendida como sendo constituída pelo Direito. Os direitos fundamentais, para o autor, não se consideram mais à mercê do legislador, e não se confundem com a garantia do princípio da legalidade da Administração nem se restringem a ela, pois são defesas contra o próprio legislador.

Um procedimento com previsão em lei não se porta devidamente constitucional por sua simples legalidade. É necessário que cumpra requisitos de cunho constitucional para que, além de legal, seja também adequado à Constituição. As consequências do Causalismo, previsto no Decreto-Lei 1001, de 1969, impõem reflexos procedimentais e de divisão de ônus probatórios ao processo penal militar que não se coaduna com o que é garantido constitucionalmente para o processo e, mais, também não se alinha a um procedimento que respeita a própria dignidade. Um procedimento causalista tende, muito, às previsões legais que gerem ônus probatórios draconianos, uma vez que não possui a defesa os elementos administrativos de investigação penal voltados para a análise do dolo e da culpa, na Culpabilidade. Quando o eixo da materialidade de todo o aparato administrativo investigativo concentra-se, proximamente à data dos fatos, em descobrir os fatos de uma conduta cega, mecânica, as comprovações de fatos que ataquem direta ou indiretamente o próprio mérito, por ônus da defesa, é técnica de divisão de ônus probatório bastante difícil.

A necessária adequação do processo, previsto em lei ordinária, ao que é definido em direitos e garantias fundamentais, na Constituição, necessariamente levaria a constatação de que a adoção do Causalismo enfraqueceria muitas das garantias do procedimento, haja visto que permite

uma persecução penal que não toma para si, na acusação, qualquer consideração dos elementos subjetivos da conduta, para a constatação da materialidade. Tal técnica permitiria um grande avanço do *jus puniendi* estatal e ainda, como já visto, uma grande aceleração das investigações e do próprio procedimento penal, permitindo medidas cautelares tomadas mais abruptamente, como previu Silva Sánchez.

5 CONCLUSÃO

A conduta criminal militar, conforme o Artigo 33 do Código Penal Militar, consagra o Causalismo, técnica que leva o dolo e a culpa para a Culpabilidade, terceiro substrato do delito. Como visto no Capítulo 1, junto ao Fato Típico, especificamente na conduta, encontra-se que a ação ou omissão militar criminosa será apenas mecânica, sem elementos cognitivos, algo que facilita muito a investigação e a fundamentação da acusação, na medida em que não serão necessárias eventuais comprovações iniciais dos elementos à cognição conduta criminosa.

Desse modo, tal construção do delito militar facilita, quando se compara ao procedimento penal comum a construção da narrativa dos fatos na peça acusatória, visto que a conduta criminal militar, presente no fato típico, é meramente mecânica, desprovida de elementos subjetivos como dolo e culpa. Com

uma tipicidade meramente objetiva, o Direito Penal Militar permitiria, confirme o Artigo 33 supracitado, que à defesa restasse o papel de construção probatória e argumentativa sobre os elementos subjetivos da Culpabilidade.

No Capítulo 2, observou-se que a adoção dessa técnica analítica do delito permitiria que os bens jurídicos protegidos, no sistema que adota referido Causalismo, sejam protegidos de modo mais eficaz, com requisitos probatórios menores para a atividade administrativo-investigativa e ainda para a atividade ministerial-acusatória. Por outro lado, tal sistema pode ser visto com não garantista, quando comparado ao Finalismo de Hans Welzel. O Causalismo assegura uma técnica de formação do delito, sem dolo ou culpa na conduta, elemento no Fato Típico, que protege mais decisivamente os bens jurídicos sob sua ótica, como ocorre no Brasil com os bens jurídicos militares presentes no Código Penal Militar.

No Capítulo 3, a pesquisa perquiriu sobre a adequação do Causalismo à própria dignidade humana.

O Causalismo, assim, previsto no Artigo 33 do Código Penal Militar, torna-se meio de promoção da proteção dos bens jurídicos militares. Por outro lado, um manuseio descuidado pode reverberar linhas de funcionalismo sistêmico que arremessaria o réu da Justiça Militar num processo cujos fatos narrados pela acusação se mostrariam indefensáveis, beirando a

existência de fatos cujas provas seriam draconianas. A importância dos bens jurídicos militares ao objeto da pesquisa demanda um procedimento adequado, constitucional, mesmo com a adoção do Causalismo no Código Penal Militar. Contudo, tal adequação não permite que o procedimento se desalinde ao determinado pela Constituição Federal.

Por fim, no Capítulo 4, a pesquisa constatou como o Causalismo penal não se coadunaria a um devido processo, garantia constitucional. O fato de ser técnica de procedimento e de prova da conduta prevista em lei não seria suficiente para constatar adequação às garantias do processo previstas na Constituição. A lei procedimental, desse modo, precisa estar alinhada à dignidade humana, pois, se assim não ocorrer, será lei inconstitucional. À medida que se observa que o Causalismo penal carrega consigo técnica de procedimento que consegue atingir uma conduta típica por parâmetros objetivos, permite-se que o acusado seja tratado como um inimigo do sistema, haja vista que caberia a ele provar elementos de sua inocência, diante de uma imputação de conduta típica, ao longo de um procedimento que inverteria ônus probatório sobre eventuais dirimentes da culpabilidade subjetiva e que serviria para afastar o delito.

A Causalidade, assim, interfere sobre todo o processo, suas técnicas probatórias, os ônus da prova, ordem dos atos

processuais e, assim, alinhar-se-ia ao que a doutrina classifica como um sistema voltado à persecução penal de inimigos de um sistema, em que as garantias processuais seriam decisivamente enfraquecidas.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, L. R. *A Dignidade da Pessoa Humana: a construção de um conceito jurídico à luz da jurisprudência mundial*. Tradução: Humberto Laport de Mello. 3ª reimp. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2014.
- BRANCO, P. G. G. Cap 1. Noções Introdutórias. 56-139 pp. *In: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Série IDP.
- BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Apelação 7000483-83.2021.7.00.0000*. Relator: Ministro Lúcio Mário de Barros Góes. Revisor(a): Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha. Julgado em: 8 de Julho de 2021. Publicado em: 3 de Fevereiro de 2022. Disponível em: https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/externo_controlador.php?acao=processo_seleciona_publica&acao_origem=busca_jurisprudencia&num_processo=70004838320217000000. Acesso: 2 mar. 2022.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso em Habeas Corpus 144.336/SP*. Primeira Turma. Relator: Ministro Alexandre de Moraes. Julgado em: 1 de Agosto de 2018. Publicado em: 2 de Agosto de 2018. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=314913276&ext=.pdf>. Acesso: 16 abr. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 544.800/SP*. Sexta Turma. Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz. Julgado em: 21 de Setembro de 2021. Publicado em: 29 de Setembro de 2021. Disponível em:

https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?livre=FINALISMO+PENAL&b=ACOR&p=false&l=10&i=1&operador=E&tipo_visualizacao=RESUMO. Acesso: 16 abr. 2022.

BRASIL. Decreto N° 4.388, de 25 de Setembro de 2002. *Promulga o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional*. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4388.htm. Acesso: 17 abr. 2022.

CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal: parte geral*. V. 1. 24. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

GURGEL, Y. M. P. *Conteúdo Normativo da Dignidade da Pessoa Humana e suas Implicações Jurídicas na Realização dos Direitos Fundamentais*. 2018. Tese (Pós-Doutoramento) – Direito, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2018.

GRECO, R. *Curso de Direito Penal: parte geral*. V. 1. 19. ed. Niterói: Editora Impetus, 2017.

LISZT, F. v. *Tratado de Direito Penal Alemão*. Tomo I. Tradução: José Hygino Duarte Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899.

MELIÁ, M. C.. Derecho Penal del Enimigo? 57-102 pp. *In:* JAKOBS, Gunther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Derecho Penal del*

Enemigo. 1. ed. Madrid: Thomson Civitas, 2003. (Cuadernos Civitas).

MENDES, G. F. Capítulo 3. II. Limitações aos Direitos Fundamentais. 156-211 pp. *In*: MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 15 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020. Série IDP.

NOVAIS, J. R. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizados pela Constituição*. Lisboa: Coimbra Editora, 2003.

NUCCI, G. de S. *Curso de Direito Penal: Parte Geral*. V. 1. 1 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

ROSSETO, Ê. L. As Circunstâncias Judiciais na Aplicação da Pena e do Regime Prisional. 151-175 pp. *In*: SÃO PAULO. Tribunal de Justiça Militar. *Coletânea de estudos de direito militar: doutrina e jurisprudência*. Orlando Eduardo Geraldi (Coordenação Geral); Ronaldo João Roth (Coordenação Editorial); Ronaldo João Roth e Sylvia Helena Ono (Revisão). São Paulo: Tribunal de Justiça Militar, 2012.

ROXIN, C. *Culpabilidade y Prevencion em Derecho Penal*. Traducción de Muños Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus SA, 1981.

RUIZ LAPEÑA, R.. La Dignidad y Sus Manifestaciones em el Ordanemiento Constitucional Español. 335-360 pp. *In*: CHUECA, Ricardo (diretor). *Dignidad Humana y Derecho Fundamental*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2015.

SILVA SANCHÉZ, Jesús-M. *A Expansão do Direito Penal: Aspectos da Política Criminal nas Sociedades Pós-Industriais*. Tradução da 2ª edição espanhola: Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais Ltda, 2002.

WELZEL, H. *Derecho Penal. Parte General*. Traducción de Carlos Fontan Balestra. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

Caso Guadalupe – 82 tiros deflagrados em via pública por oito militares contra o carro de um músico: da prisão em flagrante ao julgamento

Luciano Moreira Gorrilhas

Procurador de Justiça Militar. Especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal de Juiz de Fora. Especialista em Inteligência de Segurança Pública com Direitos Humanos pelo Centro Universitário Newton Paiva, em convênio com a Escola do Ministério Público de Minas Gerais. Curso Superior em Inteligência Estratégica da ESG. Diplomado em Direito Internacional Humanitário pelo International Institute of Humanitarian Law (IHL – Itália). Coautor do livro “Polícia Judiciária Militar e seus desafios. Teoria e Prática”. Coautor do livro “A investigação nos crimes militares”. Integrante da Comissão Técnica que elaborou a proposta do Código Penal Militar da República de Angola.

Data de recebimento: 24/04/2022

Data de aceitação: 24/04/2022

RESUMO: Este trabalho tem o objetivo de mostrar os fatos ocorridos em 7 de abril de 2019, em frente ao Minhocão, no bairro de Guadalupe, na cidade do Rio Janeiro, em que dois civis morreram e um ficou ferido, em razão de disparos

efetuados por militares do Exército. Visa apresentar e discutir questões jurídicas a partir de um caso concreto histórico, ressaltando as teses empregadas pelos operadores de direito que atuaram em um processo julgado em primeira instância na 1ª Auditoria da Justiça Militar da União da 1ª Circunscrição Judiciária Militar. A conclusão é que a defesa pautou sua tese, exclusivamente, em depoimentos de testemunhas que não presenciaram os fatos; em versões dos acusados; e em estudos científicos não comprovados.

PALAVRAS-CHAVE: militares do Exército; Rio de Janeiro; Guadalupe.

ENGLISH

TITLE: Guadalupe case – 82 shots fired on a public road by eight military personnel against a musician’s car: from arrest in the act to trial.

ABSTRACT: This work aims to show the facts that occurred on April 7th, 2019, in front of the Minhocão, in the Guadalupe neighborhood, in the city of Rio Janeiro, in which two civilians died and one was wounded, due to shots fired by army soldiers. It aims to present and discuss legal issues from a concrete historical case, emphasizing the theses used by legal practitioners who acted in a process judged at first instance in the 1st Audit of the Military Justice of the Union of the 1st Military Judicial Circuit. The conclusion is that the defense based its thesis exclusively on testimonies of witnesses who did not witness the facts; in versions of the accused; and in unproven scientific studies.

KEYWORDS: military personnel; Rio de Janeiro; Guadalupe.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Protagonistas dos episódios sequenciais ocorridos em 7 de abril de 2019 – 3 Os fatos – 4 Da instrução criminal – 5 Da alegação da legítima defesa putativa pelos causídicos – 6 Do fato típico, ilícito e culpável praticado pelos oito réus – 7 Do julgamento – 8 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Na tarde do dia 7 de abril de 2019, um grupo de combate de militares do Exército deslocava-se com destino a uma vila militar para substituir a equipe de militares que fazia segurança naquele setor militar. No caminho, o referido grupo de combate se deparou com um assalto em via pública e atiraram contra os malfeitores que fugiram do local. Posteriormente, o grupo de combate confundiu o carro de uma família com o carro dos bandidos e atiraram contra o veículo. Duas pessoas morreram e uma ficou ferida.

No julgamento dos militares, a defesa alegou a existência de conexão entre o confronto sucedido, na manhã do dia dos fatos, entre agentes do tráfico da comunidade do Muquiço e a tropa do Exército e os disparos feitos pelos oito acusados contra o carro da vítima, na parte da tarde. Também levantou a tese de que os acusados, quando atiraram no veículo, estavam submetidos aos efeitos de “uma visão de túnel e exclusão

auditiva”, que ocorre, segundo a tese da defesa, em situações de combates intensos e afeta a psique dos combatentes.

Apesar disso e com base em evidências que serão demonstradas ao longo deste artigo, no dia do julgamento, com duração de mais de 15 horas, o Conselho Especial de Justiça para o Exército, por maioria de votos, levando em consideração as provas orais, documentais e periciais contidas nos autos, condenou oito réus por duplo homicídio doloso pelas mortes de Evaldo e Luciano e tentativa de homicídio contra Sérgio.

2 PROTAGONISTAS DOS EPISÓDIOS SEQUENCIAIS OCORRIDOS EM 7 DE ABRIL DE 2019

No dia 7 de abril de 2019, por volta das 14 horas, oito militares do Exército (EB) atiraram 82 vezes contra o carro do músico Evaldo, provocando a morte dele, do morador de rua Luciano, atingido quando prestava socorro a Evaldo, bem como ferimentos em Sérgio. Para efeitos didáticos, consideram-se, neste artigo, as referidas pessoas como protagonistas do episódio principal.

Outro fato relevante, que será considerado neste artigo como 1º episódio secundário, é que militares do Exército trocam tiros com agentes do tráfico de drogas na mesma manhã

de 7 de abril de 2019, na praça da Jaqueira, próximo à favela do Muquiço.

Por fim, 12 militares do Exército, considerados aqui como protagonistas do 2º episódio secundário, no dia 07 de abril de 2019, atiraram em três assaltantes que roubavam um carro Honda, que estava parado em um sinal da estrada Camboatá, no bairro de Guadalupe.

3 OS FATOS

Numa tarde de domingo do dia 7 de abril de 2019, na cidade do Rio de Janeiro, um músico de nome Evaldo saiu de sua residência, no bairro de Marechal Hermes, conduzindo seu veículo, um Ford KA Sedan branco, com intuito de participar de um chá de bebê, no bairro de São João de Meriti. Em sua companhia estavam sua mulher, seu filho menor e uma amiga da família, sentados no banco de trás do veículo. Ao seu lado, no banco do carona, estava Sérgio, seu sogro.

Em determinado ponto do trajeto, no bairro de Guadalupe, por volta das 14 horas, doze militares do Exército, embarcados em uma viatura militar que trafegava pelo mesmo sentido do carro do músico, dispararam diversos tiros contra três ou quatro pessoas, não identificadas, que ocupavam outro Ford KA branco. Essas quatro pessoas, naquele instante,

tinham acabado de roubar um Honda City branco, que estava parado em um sinal em frente ao piscinão de Deodoro. Depois do tiroteio, os bandidos fugiram pela Estrada Camboatá sentido Avenida Brasil.

Em virtude do citado confronto, um dos tiros deflagrados pelos militares do Exército (EB) transfixou o carro de Evaldo, atingindo-o nas costas, na altura da cintura, o que o fez perder paulatinamente os sentidos. Evaldo conseguiu conduzir seu veículo, que perdia rapidamente a velocidade, por alguns metros, vindo a desmaiar. O carro do músico parou na estrada Camboatá, após seu sogro, que ocupava o banco do carona, acionar o freio de mão. Naquela oportunidade, os ocupantes do carro de Evaldo que estavam sentados no banco traseiro retiraram-se do veículo apressadamente para buscar abrigo, permanecendo no interior do auto somente seu sogro. Luciano, um morador de rua que estava por aquelas cercanias, se aproximou para prestar socorro a Evaldo. Relativamente a esse episódio, o Ministério Público Militar entendeu que os militares tinham agido em legítima defesa de terceiro ao se depararem com o roubo de um automóvel.

Logo depois, o motorista da viatura militar que percorria o mesmo trajeto e transportava a equipe de militares, obedecendo à ordem de seu superior hierárquico, parou a uma distância de 43 m do carro de Evaldo; e, naquela oportunidade,

oito dos doze militares do Exército que haviam participado do tiroteio, anteriormente, durante o assalto, de forma imediata, sem observarem os devidos procedimentos previstos em normas regulamentadas pelo Exército, dispararam 82 (oitenta e dois tiros) na direção do veículo do músico, utilizando Fuzil 5,56, com alcance máximo de 1800 m, e o Fuzil 7,62, com alcance máximo de 3800 m, acreditando que estavam diante dos assaltantes que roubaram o veículo Honda.

Vale assinalar que, no Estado do Rio de Janeiro, é comum haver, em um mesmo logradouro público, mais de um carro popular com as mesmas características do carro de Evaldo, vale dizer, na cor branca e com insulfilme. É por essa razão que os cuidados devem ser redobrados por parte dos agentes de segurança e por militares das Forças Armadas que atuam em funções relacionadas à segurança pública. As estatísticas estão aí para mostrar o número de pessoas que foram alvejadas por tiros em seus carros, após terem sido confundidas com autores de roubos que se encontravam em fuga.

Dos disparos efetuados por oito militares, 62 (sessenta e dois) atingiram o automóvel da vítima, provocando a morte imediata de Evaldo, atingido na cabeça e nas costas por mais de oito tiros; e ferimentos em Luciano, que veio a falecer, posteriormente, no Hospital Carlos Chagas, no dia 18 de abril de 2019, em razão dos tiros recebidos. Sérgio, por ter se

agachado no banco do carona no momento dos disparos, recebeu tiros de raspão e só não faleceu por circunstâncias alheias à vontade dos agentes que atiraram.

No mesmo dia, na parte da manhã, os mesmos militares do Exército participaram de um confronto com agentes do tráfico da favela do Muquiço, próximo àquela comunidade, na Praça da Jaqueira. Houve, portanto, três episódios, distintos e independentes entre si envolvendo os acusados, não obstante tenham ocorrido cronologicamente um após o outro. Com efeito, no primeiro evento, ocorrido na parte da manhã, houve um confronto de militares com agentes do tráfico na Praça da Jaqueira, próximo à comunidade do Muquiço. O segundo episódio aconteceu à tarde em razão de os réus terem atirado em três pessoas que realizavam um assalto de um carro em via pública. O fato principal decorreu de tiros deflagrados por oito dos acusados, em via pública, contra um carro que supunham ser dos agentes que roubaram, minutos antes, um veículo da marca Honda Civic.

Decorrente da desastrada abordagem ao carro do músico, 12 militares do Exército foram presos em flagrante por violações de várias normas de engajamento preconizadas pela citada força armada terrestre. Com efeito, foram violados os seguintes procedimentos normatizados pelo EB: usar moderadamente dos meios necessários para repelir injusta

agressão, atual ou iminente; atirar somente na direção do agressor claramente identificado; utilizar força mínima, visando ferir e não matar; atirar somente o necessário; o emprego de munição real só deve ser feita como último recurso; e, se o oponente estiver num veículo, direcionar tiro para o motor e pneus.

Ressalte-se que, embora os acusados, como consta nos autos, tenham participado de mais de 100(cem) operações da Garantia da Lei e da Ordem, descumpriram os ensinamentos que lhes foram ministrados, contidos em normas de engajamento. Assim sendo, resulta inafastável a constatação de que o não cumprimento das regras de engajamento pelos acusados foi o fato gerador responsável para a eclosão da catástrofe que culminou em dois homicídios consumados e um homicídio tentado, decorrentes de 82 tiros de fuzil deflagrados, de forma irresponsável, contra o carro em que estavam as vítimas, dos quais 62 foram contabilizados pela perícia na lataria do carro que era conduzido pelo músico.

Durante a audiência de custódia, após requerimento do Ministério Público Militar (MPM), foi decretada a prisão preventiva dos militares.

Todos os doze militares foram denunciados por duplo homicídio qualificado, homicídio na sua forma tentada e omissão de socorro. Todavia, as investigações procedidas antes

do processo, bem como as provas colhidas durante a instrução criminal, demonstraram que somente oito dos doze militares denunciados praticaram duplo homicídio qualificado e um homicídio tentado, uma vez que o Exame residuo gráfico realizado nos acusados concluiu que quatro dos doze denunciados não haviam atirado no carro de Evaldo. Assim, em alegações escritas, o MPM requereu a absolvição desses militares que, em seus interrogatórios, já haviam negado ter atirado no carro do músico.

Perícia de local de crime realizado pela polícia civil registrou o recolhimento de 82 estojos, sendo 59 de fuzil 5,56 e 23 de fuzil 7,62, todos encontrados nas imediações da viatura militar, local onde foram disparados os tiros por 8 militares do Exército. Não foram encontradas armas – e/ou estojos de armas – nas proximidades do carro da vítima.

Exame pericial feito no veículo da vítima assinalou 62 perfurações resultantes de disparos de armas utilizadas pelos réus, em sua maioria, de fuzil 5,56.

Necropsia no cadáver de Evaldo revelou que o músico morreu em razão de hemorragia subaracnóidea e laceração encefálica, enquanto que Luciano morreu em virtude de tiros no braço direito e nas costas. Exame de corpo de delito realizado em Sérgio registrou ferimentos em suas costas.

4 DA INSTRUÇÃO CRIMINAL

A defesa, durante a instrução criminal, notadamente em suas alegações escritas, usou e abusou do emprego de falácias, vale dizer, ideias erradas transmitidas como se fossem verdadeiras. Ficou nítido que o objetivo da defesa durante o processo foi de jogar fumaça na montanha de provas e evidências contidas nos autos, que demonstraram, de forma inequívoca, o cometimento de fato típico, ilícito e culpável por parte de oito dos réus.

Uma das falácias mais enfatizadas pela defesa foi a falácia da falsa causalidade, na qual os causídicos insistiram em demonstrar a existência de conexão entre o confronto sucedido, na manhã do dia dos fatos, entre agentes do tráfico da comunidade do Muquiço e a tropa do Exército e os disparos feitos por oito acusados contra o carro da vítima Evaldo, na parte da tarde. Aliás, o confronto ocorrido pela manhã, próximo à comunidade do Muquiço, ganhou relevo e dimensão na ótica da defesa. Assim, foi desenvolvida a infundada tese de que o dito combate teria abalado a psique dos acusados, os quais teriam sido ameaçados de morte pelo chefe do tráfico da favela do Muquiço de alcunha “coronel”, fato não comprovado nos autos. De fato, o IPM 70000957-92.2019.7,01, que apurou o confronto entre militares do Exército e agentes do tráfico

ocorrido pela manhã, registrou apenas dois tiros em cada uma das três viaturas do Exército envolvidas no confronto. Constatou-se ademais que apenas dois acusados militares teriam atirado, durante a manhã do dia 7 de abril. Esses dados demonstram que o aludido confronto não foi tão intenso entre a tropa militar e supostos agentes do tráfico de drogas. Efetivamente, não há lógica no fato de a maioria dos acusados ter participado de um grave confronto, sem dar um único tiro.

Não obstante, a partir do sobredito cenário de confronto, sem grandes proporções, a defesa levantou a tese de que os acusados, quando atiraram no carro do músico e sua família, estavam submetidos aos efeitos de “uma visão de túnel e exclusão auditiva”, que ocorre, segundo a autora do livro *Deadly Force Encounters*, em situações de combates intensos e afeta a psique dos combatentes. Ficou claro que a referida hipótese não se aplica ao caso em testilha, pois, além de não possuir comprovada evidência científica, não derivou de uma situação estressante de combate constante e contínuo, como ocorre em situação de guerra.

A própria defesa registrou que a Dra. Artwohl, autora do citado livro, após entrevistar dez policiais, descobriu que oito deles apresentaram visão de túnel. Ocorre que a situação de combate não é o cotidiano dos militares das Forças Armadas em tempo de paz. Confrontos com trocas de tiros são esporádicos

nas Forças Armadas e, por essa razão, não têm o condão de desencadear visão de túnel em militares federais.

Assim, sob nossa ótica, a metodologia empregada pela defesa de trazer à baila tese científica não comprovada, bem como a de abusar do uso de falácias, teve como pretensão tirar o foco de luz do fato principal e levar o julgador a uma possível conclusão equivocada, qual seja: a de que, se um evento acontece após o outro, o segundo é uma consequência do primeiro. Restou ainda nítida a intenção da defesa de impressionar os juízes militares integrantes do Conselho Especial de Justiça para o Exército quando trouxe à colação, de forma reiterada, a falácia do apelo, ao mencionar que o MPM fazia esforço para envolver a instituição militar como ré na ação ocorrida. Aditou ainda que qualquer cidadão comum que se deparasse com as imagens dos fatos na mídia perceberia forte pressão para criminalizar, não os acusados, mas toda a instituição Exército. Prosseguindo em sua retórica, a defesa empregou a falácia do espantalho, que consiste em criar a figura de um espantalho e desqualificá-la para afastar as atenções do fato principal. Dessa forma, a defesa assinalou que o músico morto Evaldo era conhecido na comunidade do Muquiço, inclusive pelo tráfico, sob a alcunha de “manduca” (espantalho criado pela defesa).

O fato é que a própria defesa, em suas razões de apelação, registrou que os acusados **abriram fogo logo que avistaram o carro da vítima, acreditando se tratar do carro dos assaltantes**. Assim sendo, reconheceu, ainda que de forma involuntária, a incidência do instituto do erro sobre a pessoa, que ocorre quando o agente, por erro de percepção, atinge uma pessoa em vez de outra, respondendo penalmente como se tivesse praticado o crime contra aquela que queria atingir.

Cabe a seguinte Indagação: se os acusados tivessem cumprido o estabelecido nas normas de engajamento, notadamente a de que a tropa realizará disparos em legítima defesa, indubitavelmente, caracterizada e somente na direção de agressor claramente identificado, os fatos teriam ocorrido da maneira que ocorreram? À evidência, a resposta negativa se impõe.

5 DA ALEGAÇÃO DA LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA PELOS CAUSÍDICOS

Quando o Ministério Público prova, cabalmente, a prática de fato típico, ilícito e culpável, ficam afastadas, conseqüentemente, todas as excludentes de crime e excludentes de culpa.

Não se pode perder de vista que, para o reconhecimento da excludente da legítima defesa real ou putativa, tese alegada pela defesa, é indispensável a existência dos requisitos constantes no art. 44 do Código Penal Militar: “Art. 44. Entende-se em legítima defesa quem, **usando moderadamente dos meios necessários, repele injusta agressão, atual ou iminente**, a direito seu ou de outrem” (grifei).

O primeiro requisito legal exigido é **a prova da ocorrência de injusta agressão**, fato inexistente nos autos. Com efeito, restou comprovado que nenhuma arma foi encontrada em poder das vítimas. Ademais, perícia realizada no local do crime não encontrou nenhum estojo deflagrado próximo ao carro das vítimas, o que sinaliza que não houve disparos pelos ocupantes do Ford branco de Evaldo e nem por Luciano, morador de rua, que estava sem camisa, ao lado do carro, prestando socorro ao músico.

Por outro lado, vários estojos deflagrados foram recolhidos pela perícia, próximos à viatura militar. Todos os estojos eram compatíveis com os armamentos que os acusados portavam no dia dos fatos. Demais disso, como explicar o porquê de quatro réus absolvidos – integrantes da tropa – não terem revidado a tiros, caso houvesse realmente uma situação real ou imaginária de injusta agressão, como alegado pela defesa. A razão é simples. Não houve injusta agressão real nem

imaginária, caso contrário todos os militares teriam reagido ao real ou suposto ataque.

De fato, o Tenente que comandava a patrulha, logo após determinar a parada da viatura militar a uma distância de 43 metros do carro da vítima, sem identificar o alvo, abriu fogo contra os ocupantes do Ford branco e contra Luciano, que estava do lado de fora do automóvel, prestando socorro a Evaldo. Dessa forma, efetuou disparos, de forma precipitada, sem identificar claramente o alvo, acreditando estar diante dos assaltantes do Honda Civic. Nesse contexto, foi acompanhado em sua conduta por sete acusados. Não houve ordem expressa do tenente para os seus comandados atirarem.

Não procede, dessa forma, a versão da defesa de que os militares revidaram os tiros disparados pelos traficantes a mando do chefe do tráfico. Repita-se, perícia de local de crime não encontrou nos arredores dos fatos outros tipos de cartuchos, senão aqueles recolhidos próximo à viatura militar, compatíveis com armamentos usados pelos réus.

Outro requisito legal exigido para o reconhecimento da legítima defesa diz respeito ao uso moderado dos meios necessários. Esse requisito foi flagrantemente descumprido por oito dos acusados, que dispararam, com fuzis altamente lesivos, 82 tiros em direção ao carro Ford branco, dos quais 62 atingiram o referido veículo.

Mesmo diante desse cenário a defesa fez elucubrações de que os réus teriam escutado, via rádio, ordem dada pelo chefe do tráfico para matar toda a tropa. Não existe comprovação nos autos sobre essa versão, tampouco nenhum rádio foi apreendido. Trata-se de versão combinada pelos réus para legitimar suas equivocadas condutas.

A defesa tentou de todas as formas fazer prevalecer as suas infundadas teses, até mesmo desqualificando as vítimas, quando empregou a falácia “*ad hominem*”, ou seja, atacou o homem e não a causa, ao ressaltar que Luciano, morador de rua, já havia sido condenado pelo cometimento do delito de roubo e preso algumas vezes por tráfico de drogas.

O fato de uma das vítimas ter respondido ou não a processo é irrelevante para a causa, até porque, no dia dos fatos, esse dado não era sequer conhecido pelos réus. Somente depois de todo o ocorrido é que a defesa fez um levantamento da ficha criminal das vítimas.

Os causídicos, em abono à tese da legítima defesa putativa, transcreveram a seguinte lição dos autores Alberto da Sila Franco e Rui Stoco (2007):

Nas descriminantes putativas, o agente considera que sua conduta guarda licitude porque imagina, por erro, que se mostre presente uma realidade fática que, se fosse verdadeira, legitimaria tal conduta. **É o sempre citado exemplo do agente**

que vê um renitente desafeto realizar um gesto que lhe pareceu representar o saque de uma arma e, então, atira, em sua direção, matando-o [...]. (grifei)

Sublinhe-se que no exemplo dado não houve dúvidas em relação ao alvo a ser atingido, uma vez que o atirador identificou claramente o alvo (um renitente desafeto). Houve ainda a realização de gesto que pareceu representar o saque de uma arma. Assim, o exemplo dado difere em muito do caso em questão ocorrido. Com efeito, os tiros disparados pelos acusados aconteceram logo que os militares se deparam com o carro da vítima, sem a clara e devida certificação da identificação do alvo. Não houve, de igual modo, gesticulação das vítimas de molde a simular possível ataque aos militares.

6 DO FATO TÍPICO, ILÍCITO E CULPÁVEL PRATICADO PELOS OITO RÉUS

Desse modo, o fato típico foi demonstrado pela deflagração de 82 tiros por oito condenados no carro da vítima, fato comprovado pelo Laudo de Perícia em veículo. A relação de causalidade foi caracterizada pelos laudos de necropsias (evento 91), que demonstraram que Evaldo e Luciano morreram em decorrência dos tiros disparados por oito acusados. O exame de corpo delito realizado em Sérgio comprova que este só não

veio a óbito por circunstâncias alheias à vontade dos réus condenados.

A ilicitude do fato ficou caracterizada em razão da relação de contrariedade existente entre os fatos praticados pelos réus e as normas jurídicas, bem como as normas administrativas. **Com efeito, os réus descumpriram diversas normas de engajamento estabelecidas pelo Exército ao executarem tiros diante de um cenário em que inexistiu injusta agressão real e imaginária**, vindo a atingirem, por erro, pessoas inocentes. Não houve a devida certificação da identificação dos alvos. Pontue-se ainda a excessiva quantidade de tiros disparados pelos condenados sem que houvesse, repita-se, agressão injusta.

A culpabilidade restou evidenciada pelo fato de os condenados, com experiência em participações de mais 100 (cem) operações de Garantia da Lei e da Ordem, terem descumprido normas de engajamento diante de uma situação em que lhes eram exigidas condutas diversas das praticadas. Ou seja, os condenados deveriam, antes de atirarem, de imediato, contra o carro das vítimas, identificar claramente os ocupantes do veículo (o que era possível pela distância e pela claridade do dia). Medidas preventivas constantes em normas de engajamento poderiam e deveriam ser tomadas.

7 DO JULGAMENTO

No dia do julgamento, com duração de mais de 15 horas, o Conselho Especial de Justiça para o Exército, por maioria de votos, levando em consideração as provas orais, documentais e periciais contidas nos autos, condenou oito réus por duplo homicídio doloso pelas mortes de Evaldo e Luciano e tentativa de homicídio contra Sérgio. A defesa pautou sua tese, exclusivamente, em depoimentos de testemunhas que não presenciaram os fatos; em versões infundadas dos acusados, os quais tentaram legitimar suas injustificáveis condutas; em estudos científicos não comprovados; e em falácias.

8 CONCLUSÃO

O trabalho teve como objetivo apresentar e discutir questões jurídicas a partir de um caso concreto histórico, ressaltando as teses empregadas pelos operadores de direito que atuaram em um processo julgado em primeira instância na 1ª Auditoria da Justiça Militar da União da 1ª Circunscrição Judiciária Militar. Diante dos fatos apontados e principalmente levando em consideração as provas dos autos, a conclusão é que a defesa pautou sua tese, exclusivamente, em depoimentos de testemunhas que não presenciaram os fatos; em versões dos

acusados; e em estudos científicos não comprovados. O resultado foi a condenação por duplo homicídio doloso pelas mortes de Evaldo e Luciano e tentativa de homicídio contra Sérgio, por maioria dos votos do Conselho Especial de Justiça para o Exército, levando em consideração as provas orais, documentais e periciais contidas nos autos.

REFERÊNCIAS

ARTWOHL, Alexis; CHRISTENSEN, Loren. *Deadly Force Encounters, Second Edition: Cop and Citizens Defending Themselves and others*. 2019.

BRASIL. *Decreto Lei nº 1001*, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar.

FRANCO, Alberto da Silva; STOCO, Rui. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. V. 1- parte geral, 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR. *Ação Penal Militar - Procedimento Ordinário N.º 7000600-15.2019.7.01.0001*. Data de Autuação: 11/05/2019. Disponível em: https://processos.stm.jus.br/consulta.php?search_input=600-15&search_input=&search_filter_option=feitos&q=600-15&q_or=600-15&search_filter=numero. Acesso em: 20/04/2022.

Regime jurídico dos oficiais da reserva não remunerada: direitos e deveres decorrentes da Carta Patente

André Osvaldo Brandão Guimarães

Advogado. Especialista em Direito Penal Militar pela Universidade Cândido Mendes. 1º Tenente da reserva não remunerada do Quadro Complementar de Oficiais da Aeronáutica.

Data de recebimento: 22/03/2022

Data de aceitação: 02/05/2022

RESUMO: Questão que sempre suscita empolgantes discussões é a condição jurídica dos oficiais da reserva não remunerada (oficiais R/2) das Forças Armadas. Assim, surgem dúvidas, tais como: “São apenas civis portadores de título honorífico (Carta Patente)?”, “Possuem direito ao fórum no Conselho Especial de Justiça?”, “Podem ser submetidos à Tribunal de Honra?”, entre outras. Dessa forma, o objetivo deste artigo é gerar um diálogo entre a lei, a doutrina e a jurisprudência, com a finalidade de estabelecer os direitos e deveres desses militares e, por conseguinte, firmar alguns entendimentos importantes sobre o tema. A metodologia utilizada foi a pesquisa bibliográfica aliada à pesquisa descritiva. Como conclusão, a partir de análise da Lei, da doutrina e da jurisprudência, podemos aferir que há um regime jurídico próprio, aplicável a esses militares, que visa

assegurar o princípio constitucional da plenitude da patente para os oficiais da reserva não remunerada, tal como aplicado aos oficiais da reserva remunerada e aos reformados.

PALAVRAS-CHAVE: Forças Armadas; Oficiais R/2; direitos e deveres.

ENGLISH

TITLE: Legal regime of unpaid reserve officers: rights and duties arising from the letter patent.

ABSTRACT: An issue that always raises exciting discussions is the legal status of unpaid reserve officers (R/2 officers) in the Armed Forces. Thus, doubts arise, such as: “Are they only civilians with an honorary title (Letter Patent)?”, “Do they have the right to participate in the Special Council of Justice?”, “Can they be submitted to the Court of Honor?”, among others. Thus, the objective of this article is to generate a dialogue between the law, doctrine and jurisprudence, in order to establish the rights and duties of these soldiers and, therefore, to establish some important understandings on the subject. The methodology used was the bibliographic research allied to the descriptive research. In conclusion, based on an analysis of the Law, doctrine and jurisprudence, we can conclude that there is a specific legal regime applicable to these military personnel, which aims to ensure the constitutional principle of full patents for unpaid reserve officers, such as applied to paid reserve officers and retired.

KEYWORDS: Armed Forces; unpaid reserve officers; rights and duties.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Definição de oficiais da reserva não remunerada – 2.1 Um pouco de direito comparado: situação do oficial da reserva não remunerada nas forças armadas americanas – 3 Legislação aplicável aos oficiais da reserva não remunerada – 4 Deveres dos oficiais da reserva não remunerada – 5 Direitos dos oficiais da reserva não remunerada – 6 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Todas as Constituições brasileiras, de 1824 até a 1988, elencaram dispositivos próprios quanto às Forças Armadas. Nesta toada, observamos que o direito dos oficiais, da reserva e reformados, à plenitude da patente é uma verdadeira regra principiológica.

Assim, as nossas Leis maiores tiveram o cuidado de – sempre – destacar que a plenitude da patente é um atributo de todo oficial das Forças Armadas, seja os em atividade-reformados e aqueles na reserva.

Resta deduzir que o espírito dos nossos legisladores constitucionais nunca procurou criar vácuos entre as variadas condições em que se encontram os oficiais. Principalmente diferenciações quanto ao vínculo com ou sem remuneração, ou melhor entre oficiais R/1 (reserva remunerada) e R/2 (reserva

não remunerada). Ademais, quando o legislador quis diferenciar militares – quanto aos seus vínculos remuneratórios –, o fez de forma explícita, como na Lei 6.880/80, Estatuto dos Militares, que, ao se referir aos militares R/1, o faz de forma expressa, como no seu artigo 3º, § 1º, “b”, I, que detalha o que seja o militar na inatividade.

Em outro giro, há visões que tentam imprimir uma interpretação restritiva aos dizeres constitucionais. A doutrina que adota esse posicionamento enxerga a condição jurídica dos oficiais da reserva não remunerada como civis portadores de Carta Patente, tendo esta apenas valor honorífico. Exemplo desse raciocínio temos em Silva (2015) quando afirma:

No entanto, pela interpretação do artigo 3º do Estatuto dos Militares chegar-se à conclusão que o militar da reserva não remunerada é um civil, onde os direitos atinentes ao posto não surtem efeitos jurídicos. Em complemento o Regulamento Disciplinar do Exército prescreve que o militar da reserva não remunerada não está sujeito ao regulamento disciplinar (RDE-2002, art. 2º) e a Lei do Conselho de Justificação dos Oficiais das Forças Armadas também não alcança o militar da reserva não remunerada (Lei n. 5.836, de 05-12-1972, art. 1º) e, por fim, prescreve o regulamento que os oficiais e aspirantes-a-oficial da reserva não remunerada usarão uniformes militares somente quando incluídos no serviço ativo (Decreto n. 4.502, de 09-12-2002, art. 46). Observe então que toda a legislação infraconstitucional parte da premissa que a Constituição Federal, ao detalhar os direitos e deveres decorrentes do posto e da

patente, somente se refere aos militares da ativa, aos da reserva remunerada e aos reformados.

Talvez, esse raciocínio parece ter sua fonte na ideia de que tais militares sempre são oriundos do círculo hierárquico dos oficiais temporários subalternos – formado pelos tenentes. Porém, é interessante pensar a questão sob um outro olhar, que pode gerar um viés epistemológico diverso, acerca da mesma questão. Destarte, o que dizer – em um exemplo hipotético – de um oficial, de uma Força Armada, com a patente de Coronel, da ativa, aprovado em um concurso de provas e títulos – digamos – da Receita Federal? Nessa hipótese, se considerarmos o entendimento citado, teríamos um oficial superior da reserva não remunerada – pois a condição de inativo é incompatível com a assunção de outro cargo público – com mais de vinte anos de serviço, que passaria a ser um civil, despedido de suas prerrogativas de oficial superior, portador de uma Carta Patente, com valor apenas honorífico. Talvez, com esse exemplo, que alcança um círculo hierárquico de patamar elevado, dos oficiais superiores, fique evidente o quão é impróprio afirmar que o oficial R/2 seria um civil, com Carta Patente apenas de valor simbólico, honorífico, com a mera utilidade de comprovar estar quites com o serviço militar.

Por conseguinte, partindo do recorte ora trazido, o objetivo deste artigo é articular um diálogo objetivo entre a lei, a

doutrina e a jurisprudência, com fins de estabelecer características jurídicas da condição de oficial da reserva não remunerada das Forças Armadas do Brasil, e assim visualizarmos, livres de quaisquer preconceitos, as bases do regime jurídico próprio aos oficiais R/2, com seus respectivos direitos e deveres.

Com a finalidade de atingir isso, utilizamos, para fins de pesquisa a metodologia da pesquisa bibliográfica aliada à da pesquisa descritiva. Assim, buscamos na lei, doutrina e jurisprudência argumentos que dialogassem no estabelecimento do nosso objetivo.

Para finalizar essas linhas introdutórias, devemos ressaltar que uma importante limitação que deve ser observada no entendimento deste artigo é a natural evolução da leis, doutrina e jurisprudência acerca do tema, que naturalmente tem o condão de alterar o trazido neste texto.

2 DEFINIÇÃO DE OFICIAIS DA RESERVA NÃO REMUNERADA

Segundo Abreu (2015, p. 239) a condição de oficial da reserva não remunerada pode resultar da demissão, a pedido ou “ex officio”, de oficiais de carreira, de oficiais provenientes de institutos de formação e de outras fontes de recrutamento de

oficiais da reserva, quando licenciados por conclusão do tempo de serviço, estágio ou, ainda, por conveniência do serviço; e, por fim, de oficiais das Polícias Militares, enquanto não atingirem a idade-limite de permanência da reserva do Exército.

Já Antônio Pereira Duarte (1995, p. 204) ressalta que militares da reserva remunerada, como também militares reformados, são aqueles que integram a inatividade das Forças Armadas. Arremata ao expressar que os oficiais da reserva remunerada são chamados R-1 ou RR. Já, segundo o autor, militares temporários são os que atuam no serviço ativo por tempo certo e determinado, os R-2 provenientes dos NPOR, CPOR, etc.

Interessante trazer à baila uma definição de oficial temporário, feita pelo professor Samuel P. Huntington (1996, p.34):

Os reservistas são um suplemento temporário do corpo de oficiais e se qualificam aos postos da hierarquia pelo grau de escolaridade e pela instrução militar. Enquanto oficiais, eles normalmente possuem todas as prerrogativas e responsabilidades do profissional de mesmo posto. (grifos nossos)

O sublinhado – acima – reforça o quão a legislação americana é forte quanto à garantia dos direitos e prerrogativas dos oficiais da reserva não remunerada. Fato que iremos explorar, ainda, neste artigo.

Dessa maneira, não podemos confundir oficiais temporários com oficiais da reserva não remunerada, pois aqueles são uma espécie deste gênero, que comporta ainda o oficial de carreira que, por qualquer motivo, solicita sua demissão.

Quanto ao arcabouço legal, a Constituição Federal não discorre acerca das espécies de oficiais da reserva, deixando estas e outras peculiaridades para a Lei ordinária, segundo o trazido no seu artigo 142, § 3º, X:

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.

[...]

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições:

[...]

X - a lei disporá sobre o ingresso nas Forças Armadas, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade, os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra.

[...]

A Lei 6.880/80, quando trata de militares da reserva os divide em inativos (artigo 3º, § 1º, “b”) – os da reserva e reformados que mantêm vínculo remuneratório com sua Força – e os componentes da reserva não remunerada. A partir disso a Lei, no seu artigo 116, § 3º, expõe que o oficial demissionário – caracterizando o militar de carreira – a pedido, ingressará na reserva não remunerada (R/2), sendo sua condição regulada pelo respectivo Regulamento do Corpo de oficiais da reserva da respectiva Força. Já quanto à condição do oficial temporário, que passa à reserva não remunerada, o Estatuto, em seu artigo 7º, não prevê maiores considerações, mas remete para outros diplomas legais que tratam desse tema:

Art. 7º A condição jurídica dos militares é definida pelos dispositivos da Constituição que lhes sejam aplicáveis, por este Estatuto e pela legislação, que lhes outorgam direitos e prerrogativas e lhes impõem deveres e obrigações.

Destarte, podemos concluir que o Estatuto remete o estudo das características jurídicas atinentes aos oficiais da reserva não remunerada à Constituição Federal e demais leis, como os respectivos Regulamentos do Corpo de oficiais da reserva, o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar.

Noutro giro, trazemos um recente julgado do Superior Tribunal Militar (STM) que traduz sua concepção jurídica,

dominante, quanto à condição jurídica dos oficiais da reserva não remunerada. Nele, o Tribunal ratifica sua ideia de que a patente confere prerrogativas inerentes ao oficial, não diferenciado o R/1 do R/2, tal como o foro no Conselho Especial de Justiça, no caso do cometimento de crime militar:

Ademais, a competência do CEJ não pode ser afastada quando o réu é oficial da Reserva não Remunerada (R/2) porque o oficial R/2, mesmo licenciado e ostentando a condição de civil, é simultaneamente oficial, pois detém Carta Patente. 10. Consoante a dicção do parágrafo único do art. 504 do Código de Processo Penal Militar (CPPM), constitui nulidade absoluta a proveniente de incompetência do juízo, devendo ser declarada a requerimento da parte ou de ofício, em qualquer fase do processo. (APELAÇÃO N.º 7000475-77.2019.7.00.0000.Relator(a): MARCO ANTÔNIO DE FARIAS. Julgamento em: 23/10/2019) (grifos nossos)

2.1 Um pouco de direito comparado: situação do oficial da reserva não remunerada nas forças armadas americanas

Devido à grande influência, a partir da Segunda Grande Guerra, da doutrina americana sobre as forças armadas brasileiras, achamos por bem tecer algumas linhas acerca da situação dos oficiais da reserva não remunerada – pertencentes às Forças Armadas dos Estados Unidos da América.

Segundo Planiol (2017) o Corpo de Reserva das Forças Armadas americanas é composto por três categorias: reserva de

espera (*standby reserve*), reserva inativa (*retired reserve*) e reserva de prontidão ou atenta (*ready reserve*). A reserva de espera é formada por militares, por motivos diversos – como licenças médicas – estão temporariamente inaptos para o serviço; a reserva inativa é formada por militares que estão na reserva remunerada; e por fim, temos a reserva de prontidão, formada por oficiais e praças que possuem treinamento militar e não possuem vínculo remuneratório, temos aqui a figura dos reservistas (praças) e oficiais R/2.

Dispõem as diretrizes da *U.S. NAVY* (2019), do *US ARMY* (2018), da *US AIR FORCE* (2018) e da *U.S. COAST GUARD* (2020), em linhas gerais, que os militares que compõem a reserva de prontidão possuem direito à identificação e a certos programas sociais, desde que alcancem determinada pontuação anual, gerada a partir de certas tarefas, não remuneradas, prestadas pelos militares às suas respectivas Forças. Quanto aos oficiais, que compõem essa reserva, segundo a *Marinha Americana* (2019), a partir da referida pontuação obtida, poderá haver a promoção de postos, tal como se na ativa estivessem.

3 LEGISLAÇÃO APLICÁVEL AOS OFICIAIS DA RESERVA NÃO REMUNERADA

Conforme explorado no tópico acima, a legislação americana confere uma gama maior de direitos e obrigações aos seus oficiais da reserva remunerada. No Brasil, como visto alhures, a Constituição Federal garante aos oficiais, da reserva e reformados, além da plenitude da patente, a garantia da perda do posto e da patente ser realizada apenas por Tribunal Militar.

Na sequência, temos o Código de Processo Penal Militar, que – em homenagem à plenitude da patente – determina explicitamente – no seu artigo 7º, §2º – que, caso instaurado inquérito policial militar, o oficial encarregado deverá ter posto superior ao do indiciado, seja este oficial da ativa, da reserva remunerada ou não, ou reformado. Ainda, nesse diploma adjetivo visualizamos o artigo 73 que clarifica que o oficial – sem diferenciar nenhum aspecto – ou graduado não perderá, embora sujeito à disciplina judiciária, as prerrogativas do posto ou graduação. Por fim, temos neste Códex, o artigo 242 que prevê prisão especial, em sua alínea “f”, para os oficiais das Forças Armadas incluindo os da reserva, remunerada ou não, e os reformados.

Já o Código Penal Militar, no seu artigo 13, para fins de aplicação da Lei penal militar, esculpe que o militar, seja da

reserva ou reformado, conserve as responsabilidades e prerrogativas do posto ou graduação.

Quanto aos regulamentos referentes aos oficiais da reserva não remunerada, somente o Exército regulamenta, especificadamente, o Corpo de oficiais, decreto nº 4.502/2002. A Marinha e a Aeronáutica abordam os oficiais da reserva não remunerada nos decretos nº 4.780/2003 e 6.854/2009, respectivamente.

Nesse escopo regulamentar, cabe ressaltar que o do Exército determina – no artigo 36, I – que os oficiais somente serão excluídos da reserva não remunerada, ao atingirem sessenta anos. Vale destacar que tanto a Marinha como a Aeronáutica dispõem sobre seus oficiais da reserva não remunerada em regulamentos de pessoal da reserva da Marinha, englobando praças e oficiais. Neles, a idade limite para exclusão dos oficiais da reserva não remunerada é de quarenta e cinco anos. Cabe realçar que nenhum dos três regulamentos expõe a situação do oficial quando é excluído da respectiva Força.

Dessa maneira, tais decretos – todos editados após a atual Constituição – não limitam as prerrogativas constitucionais da Carta Patente, muito menos, as trazidas no Código Penal Militar e no Código de Processo Penal Militar.

Por fim, a Constituição não detalha deveres e obrigações inerentes às patentes, deixando isso a cargo da legislação

ordinária. De tal sorte, que nas linhas abaixo articulamos a legislação cabível com a finalidade de trabalharmos os ônus e bônus aplicáveis aos oficiais R/2 detentores de Carta Patente.

4 DEVERES DOS OFICIAIS DA RESERVA NÃO REMUNERADA

De antemão, parte da doutrina afirma que a Carta Patente – no caso de oficiais da reserva não remunerada – é apenas um “título honorífico”, sem maiores repercussões no mundo fático, baseando-se, apenas, no fato de que oficiais R/2 não respondem pelos respectivos regulamentos disciplinares, ao inverso do que ocorre com os oficiais R/1, que continuam submetidos aos seus respectivos regulamentos disciplinares, como também aos Conselhos Disciplinares.

Nesse sentido, Mariana Aquino *et al.* (2022, p.65) afirmam que:

[...] Se oficial, preserva apenas posto e patente para fins de mobilização, pois a própria Constituição Federal consigna que somente o STM pode retirar o posto e patente dos oficiais julgados indignos ou incompatíveis com o oficialato [...] Todavia, como civis que são, não ficam subordinados aos regulamentos disciplinares.

Portanto, segundo os autores, na linha do entendimento da Carta Patente como título honorífico, a Carta Patente não iria conferir nenhum outro efeito, senão para fins de mobilização.

Entrementes, para analisarmos a verdade dessa premissa, devemos – antes – definir o que seja um “título honorífico”. Para tal, trazemos a seguinte definição, segundo Wikipedia (2022):

Um título de honra ou título honorário é um título concedido a indivíduos ou organizações como um prêmio em reconhecimento de seus méritos. Às vezes, o título tem o mesmo ou quase o mesmo nome de um título de autoridade, mas a pessoa conferida não tem que desempenhar quaisquer funções, exceto para cerimoniais.¹ (tradução livre)

Em adição, Cruz (2015) discerne o que seria um título honorífico:

Conforme o dicionário Raphael Bluteau (Bluteau, 1712-1728), Dom é um título honorífico, que, antigamente, se dava só aos reis e seus descendentes, aos ricos homens, e a cavaleiros que tinham o privilégio Real por grandes serviços.

A mesma autora, em outros trechos do seu texto, tece algumas referências sobre Carta Patente:

¹ A title of honor or honorary title is a title bestowed upon individuals or organizations as an award in recognition of their merits. Sometimes the title bears the same or nearly the same name as a title of authority, but the person bestowed does not have to carry out any duties, except for ceremonial ones

E por isso seu irmão recebeu a patente deste posto, gozando de todas as honras e privilégios próprios do cargo.

A ideia de que os “Vassalos de Sua Majestade” assinaram os autos de vassalagem por imposição bélica pode, neste caso, ser em parte contestada, visto que, antes do auto de vassalagem, Dom Manoel Afonso da Silva recebeu a patente de dembo e senhorio. Significaria esta patente um ato de imposição bélica? Tratava-se de uma relação de interesses mútuos, de acordos consensuais, pelo menos neste caso. A concessão de uma patente pressupõe apoio militar por parte do dembo, da mesma forma que permite acesso aos portugueses a esta região. Ao pedir confirmação do posto, o dembo concorda e busca a inserção na estrutura administrativa e militar do governo português em Angola.

Fato interessante é trazido por Huntington (1996, p. 64), quando diz que o nascimento da Carta Patente, na França, ocorreu por meio de lei de 1818, que tratava sobre o Corpo de Oficiais daquele país. Tal lei mereceu o título de “Carta Patente do Exército”, porque garantia ao oficial seu posto, a não ser em casos de má conduta punida por corte marcial.

A partir dos ensinamentos trazidos acima, observamos que a concessão de uma patente, por meio de Carta Patente, gera vínculos entre aquele que a recebe e o Estado, estabelecendo honras, privilégios e obrigações. Já o título honorífico, no caso do texto o de “Dom”, é algo concedido, dado, aos “ricos homens” ou privilegiados.

Com essa ideia, é interessante pontuar a publicação “Medalhística Aeronáutica Brasileira”, publicada pela Força Aérea Brasileira (2019), que estabelece os títulos honoríficos, no âmbito daquele Comando. Seu texto traz o disposto no Título IV, Capítulo VI, artigo 146, da Lei 6.880/80, Estatuto dos Militares, que prevê:

Art. 146. As recompensas constituem reconhecimento dos bons serviços prestados pelos militares.

§ 1º São recompensas:

- a) os prêmios de Honra ao Mérito;
- b) as condecorações por serviços prestados na paz e na guerra;
- c) os elogios, louvores e referências elogiosas; e
- d) as dispensas do serviço.

A partir do texto em tela, observamos que o Estatuto dos Militares procurou expor rol taxativo, incluindo prêmios de Honra ao Mérito, condecorações, elogios, etc., como títulos honoríficos, não havendo referência nenhuma quanto à Carta Patente dos oficiais R/2, neste rol.

Com o fito de aprimorarmos a musculatura acerca do entendimento do termo “título honorífico”, apresentamos a ótica jurisprudencial acerca do tema, em sede de um julgado do Supremo Tribunal Federal (STF), que, em controle concentrado de constitucionalidade, teceu algumas considerações sobre o assunto. Antes, porém, sob título de curiosidade, trazemos que o objeto desse controle foi verificar a constitucionalidade de lei,

do Estado do Tocantins, que atribuía título honorífico e assegurava sua utilização para fins de pontuação em concurso público de provas e títulos:

[...] caso contrário, de não haver relação direta dos “talentos e virtudes” do candidato com o cargo, estar-se-ia criando um privilégio, que por ser privilégio, não mais estaria mantendo ou aperfeiçoando a isonomia, mas mitigando o seu real e desejável alcance. (ADI 598/1993. Relator: Min. Paulo Brossard)

Por consequência, a partir do esculpido nesse julgado, entendemos que títulos honoríficos são concedidos a “privilegiados” pelo Estado, sem maiores esforços, e que não geram maiores obrigações da parte do agraciado.

Porém, essa não é a posição do Superior Tribunal Militar que em recente julgado entendeu que:

Ora, se os oficiais da reserva não remunerada permanecem detentores dos postos e das patentes que detinham quando em atividade, tem-se que a Representação de Indignidade/Incompatibilidade contra eles proposta não é carente de utilidade prática. Na verdade, é a garantia de que, em caso de convocação ou mobilização, a Força não passará a ter, em seus quadros, oficiais que, por não possuírem conduta ilibada, moral e eticamente irrepreensível, são claramente inaptos para a carreira militar. (REPRESENTAÇÃO P/ DECLARAÇÃO DE INDIGNIDADE/INCOMPATIBILIDADE Nº 7000460-74.2020.7.00.0000. RELATOR: MINISTRO ARTUR VIDIGAL DE OLIVEIRA)

REVISOR: MINISTRO LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÓES. Julgamento em: 22/04/2021)

Com esse foco, observamos que o oficial da reserva não remunerada tem obrigação, dever, de manter, no transcorrer da sua “vida civil”, uma conduta ilibada, moral e eticamente irrepreensível, sob pena de serem, a partir da devida representação do Parquet das Armas, declarados indignos ou incompatíveis com o oficialato. *Pari passu*, conforme já lecionado, o Código Penal Militar, no seu artigo 13, expõe que o militar seja da reserva, ou reformado, conserva as responsabilidades e prerrogativas do posto ou graduação.

Em reforço aos fundamentos acima, trazemos à discussão um importante dispositivo legal trazido pela Lei Complementar 64/1990. É representado pelo artigo 1º, I, “F”, que determina que aqueles declarados indignos ou incompatíveis com o oficialato ficam inelegíveis pelo prazo de oito anos.

Assim, a partir de todo o exposto, fica – praticamente – fulminado o argumento de que a Carta Patente é – para o oficial da reserva não remunerada – um simples título honorífico, pois se fosse esse o caso não haveria que se falar em imposição de qualquer ônus – muito menos de uma sanção extrema como a da inexistência – para seus detentores.

Por conseguinte, ao fim e ao cabo, incidimos na premissa jurídica que informa “não haver ônus sem bônus” e, por isso,

passamos a abordar direitos inerentes aos, em nosso caso, oficiais R/2 portadores de Carta Patente.

5 DIREITOS DOS OFICIAIS DA RESERVA NÃO REMUNERADA

Como expomos inicialmente, a Constituição Federal assegura a plenitude da patente aos oficiais, da reserva ou reformados. Ainda afirma que as patentes geram direitos e deveres.

Iniciaremos com o direito, talvez mais óbvio, decorrente da detenção do posto e patente pelo oficial R/2, que é o direito à continência, pois representa um dos gestos que exterioriza valores muito próprios ao militarismo, como a hierarquia e a disciplina; na dicção do Major Dick WINTERS, destacado herói americano que atuou na Segunda Grande Guerra, retratado no episódio *POINTS* (ep.10), da série *Band of Brothers*: “Não se presta a continência para o homem, mas sim para o posto”. Nesse viés, trazemos a portaria normativa nº 660/MD, de 19 de maio de 2009, que em seu anexo 1, artigo 15, assim dispõe: “Art. 15. Têm direito à continência: [...] XI – os militares da reserva ou reformados, quando reconhecidos ou identificados;[...]”.

Como o militar da reserva ou reformado somente tem o direito à continência quando reconhecido ou identificado, temos o surgimento do segundo direito: o à identificação. Nesse sentido temos o Decreto 10.068/2019, que entrou em vigor em 15 de outubro de 2020, que confere aos oficiais R/2 o direito à identificação pela respectiva Força, nos termos do seu artigo 1º, o qual reproduzimos abaixo:

Art. 1º O Decreto nº 8.518, de 18 de setembro de 2015, passa a vigorar com as seguintes alterações:

Art.

1º

.....
I-A - o documento de identificação dos oficiais da reserva não remunerada;

..... (NR)

Art. 5º Os Comandos da Marinha, do Exército e da Aeronáutica expedirão documento de identificação para os dependentes e pensionistas dos militares de que trata o art. 4º, caput e § 1º, e para os oficiais da reserva não remunerada. (NR).

Pareado ao direito à continência e ao de ser identificado por sua respectiva Força, Abreu (2015, p. 254) assevera que os oficiais R/2 possuem, ademais, o direito ao uso dos uniformes militares, desde que devidamente autorizados.

Outro importante direito dos oficiais R/2 é quanto ao foro perante o Conselho Especial de Justiça (CEJ), no caso de cometimento de crimes militares. Neste caso, é pacífico o

entendimento do Superior Tribunal Militar de que o oficial da reserva não remunerada deve ser processado e julgado pelo CEJ, nesse sentido trazemos o julgado abaixo:

A alteração trazida à Lei nº 8.457/92 - LOJM (Lei de Organização Judiciária Militar) - pela Lei nº 13.774/2018 - não autoriza, em caráter monocrático, o processo e o julgamento pelo Juiz Federal da Justiça Militar de agente a quem é imputada a prática de crime militar quando, à época dos fatos, já ostentava a condição de Oficial da Reserva não remunerada. As circunstâncias, de caráter pessoal, distinguem-no do civil "puro". O Oficial da Reserva das Forças Armadas (remunerada ou não) mantém, em igual patamar àquele do serviço ativo, no que concerne aos parâmetros definidores de competência em sede processual militar, via de regra, as prerrogativas e as obrigações inerentes ao Oficialato, sendo detentor de Carta Patente.(MANDADO DE SEGURANÇA N.º 7000594-38.2019.7.00.0000. Relator: Relator(a): MARCO ANTÔNIO DE FARIAS. Julgamento: 22/10/2019.

Por fim, o oficial R/2 possui o direito a somente perder o posto e a patente sob a égide do artigo 142, § 3º, VI, ou seja, somente se submetido ao rito judicial perante o Superior Tribunal Militar. Porém, cabe ressaltar condições excepcionais trazidas em julgados do Superior Tribunal Militar, descritas por Assis (2020, p. 157):

Note-se que não há como ser instaurado Conselho de Justificação para oficial da reserva não remunerada, muito embora já tenha decidido que ele pode perder o posto e a patente no

Superior Tribunal Militar, por força de Representação por Indignidade ou Incompatibilidade (STM, Representação para Declaração de Indignidade ou Incompatibilidade 0000012-46.2008.7.00.0000/DF, Rel. Min. Francisco José da Silva Fernandes, j. em 21.09.2010) ou em casos em que o Conselho de Justificação tenha sido instaurado quando o oficial ainda estava na ativa (STM, Conselho de Justificação 2005.01.000196-5/DF, Rel. Min. Rayder Alencar da Silveira, j. em 23.11.2003)

Vale ressaltar que o referido autor destaca não caber instauração do Tribunal de Honra no caso de oficiais da reserva não remunerada, assim, tais julgados devem ser interpretados como exceções à jurisprudência do STM.

Em outro giro, temos que o oficial R/1 poderá perder o posto e a patente por decisão judicial ou não – Conselho de Justificação. Esse Conselho de Justificação, também conhecido por Tribunal de Honra, tem origem na Lei nº 5.836/72, que assim traz em seu artigo 1º:

Art. 1º O Conselho de Justificação é destinado a julgar, através de processo especial, da incapacidade do oficial das Forças Armadas - militar de carreira - para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar.

Parágrafo único. O Conselho de Justificação pode, também, ser aplicado ao oficial da reserva remunerada ou reformado, presumivelmente incapaz de permanecer na situação de inatividade em que se encontra.

Assis (2020, p. 350) afirma que o Conselho de Justificação tem natureza administrativa. Esse também é o entendimento do STF e do STM. Abaixo trazemos exemplos desse entendimento:

[...]1. A decisão do Tribunal de Justiça Militar que decreta, em Conselho de Justificação, perda de posto e patente, por indignidade para com o oficialato, tem natureza administrativa, não podendo ser contestada pela via estreita do Recurso Especial, em que se pressupõe contencioso judicial. Precedentes do STJ. 2. Agravo Regimental não provido. (STJ - AgRg no Ag: 1310990-SP (2010/0093234-0), Relator: Ministro HERMAN BENJAMIN, Data de Julgamento: 28/09/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/02/2011)
[...] Ademais, a Suprema Corte já pacificou entendimento de que não cabe Recurso Extraordinário em Conselhos de Justificação. Isso porque, de acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, o procedimento em análise, apesar de ter sua homologação levada a efeito por um Tribunal Militar, não se afasta da natureza administrativa, razão essa a impossibilitar a admissão do Recurso Extremo. Agravo rejeitado. Decisão unânime. (STM, Agravo Regimental 53-32.2016.7.00.0000/MS, Rel. Ministro JOSÉ COELHO FERREIRA, 2017. Data de Julgamento:26/09/2017)

Destarte, podemos concluir que tal garantia do oficial R/2 blinda de vitaliciedade sua Carta Patente, enquanto os oficiais R/1 possuem esse mecanismo de forma mitigada, pela possibilidade da perda do posto e da patente pelo Conselho de Justificação.

6 CONCLUSÃO

Assim, após conseguirmos definir, a partir da Lei, da doutrina e jurisprudência, um plexo de deveres e direitos gerados pela detenção da Carta Patente pelos oficiais da reserva não remunerada das Forças Armadas do Brasil, podemos concluir que há, sim, um regime jurídico próprio, aplicável a esses militares.

De tal sorte que esses oficiais não detêm a Carta Patente apenas como um mero comprovante da sua condição no Serviço Militar, mas também como fonte geradora de prerrogativas e obrigações. Prerrogativas que vão desde o direito a ser identificados até o de ser processados e julgados, pelo cometimento de crimes militares, em sede dos Conselhos Especiais de Justiça. Obrigações que uma vez descumpridas – embora não gerem responsabilidades em relação aos regulamentos disciplinares castrenses – podem ocasionar uma pesada sanção: inexigibilidade política por 8 anos.

Por tudo demonstrado, concluímos que esse regime jurídico visa assegurar o princípio constitucional da plenitude da patente para os oficiais da reserva não remunerada, tal como aplicado aos oficiais da reserva remunerada e aos reformados. E que tal regime jurídico não representa nenhum privilégio, visto que – e guardadas as devidas proporções – esse aparato,

inclusive com um plexo maior de direitos e deveres, também integra legislações de outros países, como é o caso dos Estados Unidos da América.

REFERÊNCIAS

ABREU, J.L.N.D. *Direito Administrativo Militar*. São Paulo: Editora Método, 2015. E-book Kindle.

AQUINO, Mariana; WANDERLEY, Alessandra; TELES, Fernando Hugo Miranda; RAMOS, Ataliba; SOUZA, Juliana Paula de; COUTO, Adriano Azevedo. *Sinopses para Concursos: Direito Administrativo Militar*. Salvador: Editora Juspodivm, 2022.

ASSIS, J.C. (coord). *Estatuto dos Militares Comentado*. Curitiba: Juruá Editora, 2020.

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição República Federativa do Brasil. Brasília: Senado Federal, 1988.

BRASIL. *Decreto 10.068*. Altera o Decreto nº 8.518, de 18 de setembro de 2015, que dispõe sobre a carteira de identidade de militar das Forças Armadas, o documento de identificação de seus dependentes e pensionistas e o documento de identificação dos integrantes da Marinha Mercante. Brasil: Presidência da República, 2019.

BRASIL. *Decreto 4.502*. Aprova o Regulamento para o Corpo de Oficiais da Reserva do Exército. Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL. *Decreto 4.780*. Aprova o Regulamento da reserva da Marinha. Brasília: Senado Federal, 2003.

BRASIL. *Decreto 6.854*. Dispõe sobre o Regulamento da Reserva da Aeronáutica. Brasília: Senado Federal, 2009.

BRASIL. *Decreto Lei 1.001*. Código Penal Militar. Brasília: Senado Federal, 1969.

BRASIL. *Decreto Lei 1002*. Código de Processo Penal Militar. Brasília: Senado Federal, 1969.

BRASIL. *Lei 5.836*. Dispõe sobre o Conselho de Justificação e dá outras providências. Brasília: Senado Federal, 1972.

BRASIL. *Lei 6.880*. Estatuto dos Militares. Brasília: Senado Federal, 1980.

BRASIL. *Lei complementar 64*. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Brasília: Senado Federal, 1990.

CRUZ, A. C. “Sempre Vassalo Fiel de Sua Majestade Fidelíssima”: Os autos de vassalagem e as cartas patentes para autoridades locais africanas (Angola, segunda metade do século XVIII). Open Edition Journals. *Cadernos de Estudos Africanos*, n. 30, 2015. Disponível em: <https://journals.openedition.org/cea/1834> Acesso em: 20 fev. 2022.

DUARTE, A. P. *Direito Administrativo Militar*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1995.

FORÇA AÉREA BRASILEIRA. Disponível em:
<https://www.fab.mil.br/Download/arquivos/medalhas/MedalhisticaAeronauticaBrasileiraOUT2019.pdf>. Acesso em: 25 fev. 2022.

HUNTINGTON, S.P. *O Soldado e o Estado: Teoria e Política das Relações entre Civis e Militares*. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército, 1996.

MINISTÉRIO DA DEFESA. *Portaria normativa 660*. Aprova o Regulamento de Continências, Honras, Sinais de Respeito e Cerimonial Militar das Forças Armadas. Brasília: Ministério da Defesa, 2009.

PLANIOL. The U.S. Reserve Component: An Operational Force. *Research Paper*, n. 32, 10 March 2017, Institut de Recherche Stratégique de l'Ecole Militaire (IRSEM). Disponível em:
https://www.irsem.fr/data/files/irsem/documents/document/file/853/Research_Paper_No32_2017.pdf. Acesso em: 6 mar. 2022.

POINTS (episódio 10). *Band of Brothers* (seriado). Mikael Salomon/ Steven Spielberg; Tom Hanks; Preston Smith; Erik Jendresen; Stephen E. Ambrose. Estados Unidos da América: HBO. DVD.

SILVA, D.P. A situação jurídica do oficial da reserva não remunerada: status de civil, a quem a lei concedeu uma patente militar? *Conteúdo Jurídico*. 07 jul. 2015. Disponível em:
<https://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/44731/a-situacao-juridica-do-oficial-da-reserva-nao-remunerada-status-de-civil-a-quem-a-lei-concedeu-uma-patente-militar>. Acesso em: 01 fev. 2022.

U.S. AIR FORCE. Disponível em:
<https://www.arpc.afrc.af.mil/News/Article-Display/Article/1718112/understanding-the-individual-ready-reserve/>. Acesso em: 5 fev. 2022.

U.S. ARMY. Understanding the Individual Ready Reserve. Air Reserve Personnel Center. Published Dec. 19, 2018. Disponível em:
https://www.army.mil/article/200587/individual_ready_reserve_offers_soldiers_a_way_to_serve. Acesso em: 5 fev. 2022.

U.S. COAST GUARD. *Member Guide*. Disponível em:
https://www.dcms.uscg.mil/Portals/10/CG-1/psc/rpm/RPM-3/IRR_Member_Guide.pdf?ver=E-cyV5qu4ORVjkRGT3CDKQ%3D%3D. Acesso em: 5 fev. 2022.

U.S. NAVY. *Navy Personnel Command (PERS-93)*. Disponível em:
https://www.mynavyhr.navy.mil/Portals/55/Career/ReservePersonnelMgmt/IRR/IRR_Physical_Muster_Brief1.pdf?ver=l6TYRh7VUMFq6e19swGm6w%3D%3D. Acesso em: 5 fev. 2022.

WIKIPEDIA CONTRIBUTORS, 'Title of honor', *Wikipedia, The Free Encyclopedia*, 15 January 2022, 21:59 UTC. Disponível em:
https://en.wikipedia.org/w/index.php?title=Title_of_honor&oldid=1065903781. Acesso em: 21 mar. 2022.

Benefício do perdão de dívidas no âmbito do Fundo de Saúde do Exército Brasileiro – FUSEx para beneficiário que comprova incapacidade econômica

Allan Kardec Campo Iglesias
Advogado.

Presidente da Comissão de Direito Militar da OAB/SP – Santos.

Data de recebimento: 23/03/2022

Data de aceitação: 30/04/2022

RESUMO: A presente pesquisa, de cunho exploratório e com o auxílio de levantamento bibliográfico, visa demonstrar a existência e aplicação do benefício do perdão da dívida com o Fundo de Saúde do Exército aos beneficiários diretos que demonstrarem sua incapacidade de pagá-la sem prejuízo de seu sustento próprio ou de seus familiares, garantindo um mínimo existencial e prestigiando as novas políticas de proteção social ao militar. Para tanto, verificou-se a origem e a sistemática do sistema de saúde do Exército, bem como a fonte de custeio desse sistema. Adiante, aventou-se a possibilidade de aplicação do Código de Defesa do Consumidor para regular a relação entre o Fundo de Saúde do Exército e seus beneficiários, no tocante à concessão de benefícios divulgados pelos sistemas oficiais do Exército. Em outro ponto, saindo pela tangente administrativa, evidenciou-se uma omissão no dever de

regulamentar uma situação fática, prestigiando a nova política de proteção social do militar, sobretudo os temporários engajados. Por fim, verificou-se a origem do direito aventado, bem como os critérios de concessão, apontando como necessidade que o ônus de provar a incapacidade econômica seja distribuído ao requerente do benefício, de modo que deva ser analisado no caso concreto, levando em consideração toda a estrutura econômico-social e familiar do militar beneficiário.

PALAVRAS-CHAVE: Fundo de Saúde do Exército; Direito Militar; benefício do perdão de dívidas.

ENGLISH

TITLE: Benefit of debt forgiveness under the Brazilian Army Health Fund – FUSEx for beneficiary who proves economic incapacity.

ABSTRACT: This research, of exploratory nature and with the aid of bibliographic survey, aims to demonstrate the existence and application of the debt forgiveness benefit from the Brazilian Army Health Fund to direct beneficiaries who demonstrate their inability to pay it without prejudice to their own support or that of their families, guaranteeing an existential minimum and giving prestige the new social protection policies for the military. To this end, the origin and systematics of the Army Health System were verified, as well as the source of funding for that system. Ahead, the possibility of applying the Consumer Protection Code to regulate the relationship between the Brazilian Army Health Fund and its beneficiaries was discussed, with regard to the granting of benefits disclosed by the official Army systems. On another point, leaving on the administrative side, there was an omission in the duty to regulate a factual situation, giving prestige to the new social protection

policy of the military, especially the engaged temporary workers. Finally, the origin of the proposed right was verified, as well as the concession criteria, pointing out as a necessity that the burden of proving the economic incapacity be distributed to the beneficiary of the benefit, so that it should be analyzed in the specific case, taking into consideration the entire economic-social and family structure of the beneficiary military.

KEYWORDS: Army Health Fund; Military Law; Benefit of debt forgiveness.

SUMÁRIO

1 A saúde como direito fundamental e social – 2 O Sistema de Saúde do Exército e sua forma de custeio – 3 A aplicação do Código de Defesa do Consumidor – 4 O Benefício do Perdão de Dívidas para beneficiários considerados incapazes economicamente – 4.1 A origem do benefício – 4.2 Omissão legislativa no dever de regulamentar – 4.3 Do critério para incapacidade de pagamento – 5 Conclusão.

1 A SAÚDE COMO DIREITO FUNDAMENTAL E SOCIAL

Conforme clama em coro a doutrina pátria, o direito à saúde é fundamental do ponto de vista humanístico e constitucional. Ou seja, para garantir a dignidade da pessoa humana, prevista na Magna Carta, é necessário garantir o acesso a um sistema de saúde que seja amplo o suficiente para garantir

que todos tenham atendimento de qualidade, nas diversas áreas da saúde.

Em que pese que a palavra saúde não esteja expressa no artigo 5º da Constituição Federal de 1988, se analisarmos as marcas distintivas dos direitos humanos, já ensinadas por Ramos (2016, *apud* COSTA, 2017), vemos que a proposta humanística de uma vida pautada em dignidade está absolutamente ligada a uma vida com saúde.

Nesse mesmo sentido é a lição de Cretella Júnior (1993):

Nenhum bem da vida apresenta tão claramente unidos o interesse individual e o interesse social, como o da saúde, ou seja, do bem-estar físico que provém da perfeita harmonia de todos os elementos que constituem o seu organismo e de seu perfeito funcionamento. Para o indivíduo saúde é pressuposto e condição indispensável de toda atividade econômica e especulativa, de todo prazer material ou intelectual. O estado de doença não só constitui a negação de todos estes bens, como também representa perigo, mais ou menos próximo, para a própria existência do indivíduo e, nos casos mais graves, a causa determinante da morte. Para o corpo social a saúde de seus componentes é condição indispensável de sua conservação, da defesa interna e externa, do bem-estar geral, de todo progresso material, moral e político (CRETELLA JUNIOR, 1993).

Sem embargo, certo de que a saúde foi alçada ao patamar constitucional, já em cartas anteriores, mas sobretudo na constituição cidadã atual, é mister que notemos os reflexos

materiais e axiológicos que as normas constitucionais carregam sobre todo o sistema jurídico adjacente.

Assim, conforme ensina Bruno Costa (2017), a constitucionalização da saúde conduz o ordenamento jurídico e as atividades estatais a enfatizar a promoção da saúde em território nacional:

A Constituição passa a ser não apenas um sistema em si, mas também um norte para todos os demais ramos do direito, portanto, constitucionalizar a saúde significa direcionar todo o ordenamento jurídico e as atividades estatais para mais alta promoção da saúde em todo território nacional. (COSTA, 2017).

Trazendo à baila o texto constitucional, vemos que o artigo 6º, já no capítulo dos Direitos Sociais, elenca a saúde como parte desse conjunto, conforme segue:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Pelo caráter irretratável dos direitos sociais e fundamentais concedidos, podemos verificar que nem mesmo as emendas constitucionais nº 26/2000, 64/2010 e 90/2015 tiveram o condão de suprimir o direito intangível que é a saúde.

Ademais a saúde é um dos três pilares essenciais da seguridade social, que por sua vez é um conceito estruturante de políticas sociais que visam garantir a proteção social pelo Estado. O atual sistema de seguridade social é composto (I) pela previdência social, que garante renda ao segurado e contribuinte que perde a capacidade de exercer atividades laborativas pelos mais variados motivos; (II) pela assistência social, que é a faceta da política social que não deixa desamparado aqueles que precisam dos mais básicos atendimentos, independentemente de contribuição à seguridade social, tal como o Benefício de Prestação Continuada; e, por fim, (III) pela saúde, norteadas pelo princípio da integralidade, atingindo uma universalidade de pessoas.

2 O SISTEMA DE SAÚDE DO EXÉRCITO E SUA FORMA DE CUSTEIO

Tão longínqua é a questão da saúde na Força Terrestre quanto a sua existência. Em meados do século XVI, os militares eram atendidos em instituições particulares, gratuitamente. A partir de 1582, passaram a ser atendidos nas Santas Casas de Misericórdias, mediante pagamento de contribuição anual, conforme lecionado por Lemos (2008).

Somente em 1808, com a transferência da família real para o Brasil, as Forças Armadas passaram a contar com um corpo organizado de saúde. Há que se lembrar de que naquela época as Forças Armadas eram compostas pelo Exército Brasileiro e pela Armada Real (Marinha). Na mesma época um Alvará Régio criou o então Conselho Supremo Militar e de Justiça, atualmente Superior Tribunal Militar – STM.¹

Saltando o imperioso transcurso do tempo e as influências das grandes guerras no desenvolvimento da organização do sistema de saúde do Exército Brasileiro, é mister nos atermos à estrutura desse sistema.

O sistema de Saúde do Exército Brasileiro tem sua previsão legal extraída do próprio Estatuto dos Militares, ao passo que este confere a assistência médico-hospitalar aos militares e seus dependentes, consoante artigo 50, inciso IV, alínea “e”, da Lei nº 6.880/80, conforme segue:

Art. 50. São direitos dos militares:

IV - nas condições ou nas limitações impostas por legislação e regulamentação específicas, os seguintes:

e) a assistência médico-hospitalar para si e seus dependentes, assim entendida como o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção, conservação ou recuperação da saúde, abrangendo serviços profissionais médicos, farmacêuticos e odontológicos, bem como o

¹ Disponível em <https://www.stm.jus.br/o-stm-stm/memoria>. Acesso em: 24 mar. 2021.

fornecimento, a aplicação de meios e os cuidados e demais atos médicos e paramédicos necessários;

Não obstante o Sistema de Saúde do Exército ser composto pela Prestação de Assistência à Saúde Suplementar aos Servidores Civis do Exército – PASS, regulamentado pela Portaria EB nº 422-DGP, de 19/06/2008, e Portaria EB nº 117, de 19/05/2008; pela Assistência Médico-Hospitalar a ser prestada aos Ex-Combatentes, Pensionistas e Seus Dependentes – SAMEX (Nota Normativa ° 01 – Dsau de 18/10/2011; e Sistema de Assistência Médico-Hospitalar aos Militares do Exército, da Ativa, Inativos, Pensionistas e seus dependentes – SAMMED, em sentido amplo, este estudo tratará somente deste último, que pode ser dividido em FUSEx e SAMMED em sentido estrito.

Os pilares do atual serviço de saúde do Exército são o Sistema de Assistência Médico-Hospitalar aos Militares do Exército, da Ativa, Inativos, Pensionistas e seus dependentes (SAMMED) e o Fundo de Saúde do Exército (FUSEx), criados em 1978 (Portaria Ministerial nº 3.055, de 07 de dezembro de 1978). Esse sistema binário é custeado pela União e pelos valores descontados dos militares (contribuições extraorçamentárias).

O FUSEx foi criado com a finalidade de complementar o SAMMED, de modo que, quando necessário, os militares são encaminhados para redes de Organizações Civis de Saúde – OCS, e de Profissionais de Saúde Autônomos – PSA, contratados, conveniados ou credenciados. Assim a carência de prestação do serviço de saúde do SAMMED é suprida com uma espécie de plano de saúde *interna corporis*.

Nesse sentido, é interessante a transcrição do artigo 3º, do Decreto nº 92.512/86, que estabeleceu normas e condições de atendimento e indenizações para a assistência médico-hospitalar, com as seguintes conceituações:

Art. 3º Para os efeitos deste decreto, serão adotadas as seguintes conceituações:

III - Assistência Médico-Hospitalar - é o conjunto de atividades relacionadas com a prevenção de doenças, com a conservação ou recuperação da saúde e com a reabilitação dos pacientes, abrangendo os serviços profissionais médicos, odontológicos e farmacêuticos, o fornecimento e a aplicação de meios, os cuidados e os demais atos médicos e paramédicos necessários;

V - Beneficiários da Assistência Médico-Hospitalar - são os militares da ativa ou na inatividade, bem como seus respectivos dependentes definidos no Estatuto dos Militares;

VI - Beneficiários dos Fundos de Saúde - são os beneficiários da assistência médico-hospitalar que contribuem para os Fundos de Saúde e os dependentes dos militares que, a critério de cada Força, sejam enquadrados nos regulamentos dos respectivos Fundos;

Se por um lado o SAMMED é mantido com recursos orçamentários, o FUSEx sobrevive de recurso extraorçamentários, sobretudo os provenientes da contribuição mensal dos militares e indenizações proporcionais.

É mister salientar que aqueles que não são contribuintes do FUSEx, ou seja, alunos das escolas de formação ou militares que cumprem o serviço militar obrigatório, são amparados pelo SAMMED, ainda que seja necessário o uso de OCS/PSA. Aqueles beneficiários do FUSEx, mas que, por ato de serviço, precisam de assistência médica, também são amparados pelo SAMMED. Ou seja, nesses casos, a verba proveniente de custeio virá do próprio Estado (DA ROSA, 2013).

A cota de participação no custeio da assistência médico-hospitalar também é diferente entre o SAMMED e o FUSEx, a passo que o beneficiário deste último deverá arcar com vinte por cento das despesas não cobertas pelo sistema. Já no SAMMED a cobertura é integral.

Essa sistemática foi esclarecida pelo artigo 32 e §1º do Decreto nº 92.512/86, conforme segue:

Art. 32. Os beneficiários dos Fundos de Saúde de cada Força estarão sujeitos ao pagamento de 20%.(vinte por cento) das indenizações devidas pela assistência médico-hospitalar que lhes for prestada em organizações de saúde das Forças Armadas, ou através de convênios ou contratos, sendo o restante coberto com os recursos

financeiros relacionados no Título III, conforme regulamentação de cada Força.

§1º Os beneficiários da Assistência Médico-Hospitalar, não enquadrados como beneficiários dos Fundos de Saúde das respectivas Forças, estarão sujeitos ao pagamento integral das indenizações devidas pela assistência médico-hospitalar que lhes for prestada em organizações de saúde das Forças Armadas ou através de convênios ou contratos.

Além do ressarcimento de 20% (vinte por cento) das indenizações, os militares da ativa e da inatividade, bem como os pensionistas, contribuem mensalmente com o percentual de 2,7% à 3,5% de seus soldos. Ou seja, o FUSEx é sustentado pelos próprios usuários do sistema.

Segundo informações oficiais da Diretoria de Saúde do Exército Brasileiro, não tem havido contingenciamento dos recursos destinados ao FUSEx por parte do Governo Federal, sendo o montante arrecadado pelo Fundo, totalmente orientado e aplicado na assistência médico-hospitalar dos militares, pensionistas e dependentes.

3 A APLICAÇÃO DO CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR

Criado em 11 de setembro de 1990, o Código de Defesa do Consumidor – CDC veio para estabelecer princípios básicos de proteção à vida, saúde e segurança relacionados ao consumo,

regulamentando o artigo 5º, XXXII, da Constituição Federal, segundo o qual, o Estado promoverá a defesa do consumidor na forma da lei, bem como o art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Os institutos estabelecidos nesse *codex* proporcionam um equilíbrio de forças entre os consumidores e os fornecedores de produtos e serviços.

Nesse passo, é importante trazeremos a lume os conceitos legais de consumidor e de fornecedor, conforme CDC:

Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

§ 1º Produto é qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial.

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Importante apontarmos que, conforme o transcrito artigo 3º, a figura do fornecedor não se restringe a pessoas jurídicas de

direito privado, conforme normalmente vemos nas relações de consumo, mas também abrange as pessoas jurídicas de direito público que prestam serviços. O conceito de serviços está descrito no §2º do artigo 3º.

O Fundo de Saúde do Exército, embora funcione como um plano de saúde *interna corporis*, se enquadra na relação de consumo aqui explicitada.

Os militares são os destinatários finais dos serviços de assistência médico-hospitalar prestados pelo FUSEx, a título oneroso, visto que há uma contribuição mensal obrigatória para a cobertura do plano.

Por outro lado, o FUSEx, ente despersonalizado, representado pela União, presta serviços não decorrentes de relação trabalhista. Ademais, as contribuições pagas pelos beneficiários não possuem natureza tributária, embora compulsórias.

Em que pese ainda existir grande celeuma quanto à aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações estabelecidas entre o FUSEx, representado pela União, e os beneficiários diretos e indiretos, em diversos julgados, os Tribunais Regionais Federais, vêm reconhecendo a relação de consumo, conforme se desprende dos que pinçamos abaixo:

I - Conforme exarado no parecer ministerial, 'os beneficiários do plano de saúde contrataram um serviço, o FUSEX se enquadra no conceito de

fornecedor de serviços estabelecido pelo art. 3º, do Código de Defesa do Consumidor, e a apelada caracteriza-se como consumidora, consoante artigo 2º do mesmo diploma legal, razão pela qual deve ser aplicada a legislação consumerista'. (TRF-4, 2017).

Relação travada entre as partes que se enquadra nos artigos 2º e 3º da Lei 8.078/90, que disciplina as relações de consumo, vez que se trata de inequívoca prestação de serviços, sendo certo que os usuários, ora Apelado, deveriam ter sido notificados acerca da migração de Plano de Saúde, vez que tal procedimento constitui-se em direito básico do consumidor, previsto no inciso III do artigo 6º da Lei 8.078-90. (TRF-2, 2016).

No mais das vezes em que se decidiu no sentido de que as contribuições vertidas ao FUSEx têm natureza tributária e que, por essa razão, não se poderia aplicar os institutos do direito consumerista, as lides tratavam de repetição de indébito.

Todavia, nas ações de obrigação de fazer nos quais se pretende ver a União condenada a fornecer medicamentos ou tratamentos, ou mesmo nas relações de prestação das obrigações pactuadas entre beneficiários e o referido Fundo, tem-se reconhecido a relação consumerista, aplicando institutos como a inversão do ônus da prova, sobretudo no Egrégio Tribunal Regional Federal da 4º Região – TRF/4, conforme visto.

Em casos análogos, nos quais os Tribunais de Justiça dos Estados analisam casos em que os servidores públicos contribuem compulsoriamente com planos de saúde, ora

denominados autarquias assistenciais, ou fundos de reserva, raramente não se reconhece a relação consumerista.

Podemos trazer como exemplos o Instituto de Assistência Médica ao Servidor Público Estadual – IAMSPE (Lei Estadual de São Paulo nº 1.856, de 28 de Outubro de 1952); a Caixa de Assistência ao Servidor Público Municipal de Santos – CAPEP – Saúde (Lei Municipal de Santos nº 2232, de 02 de janeiro de 1960; e o Instituto de Previdência do Estado de Minas Gerais – IPSEMG (Lei Complementar Estadual de Minas Gerais nº 64, de 25 de março de 2002).

Nesse sentido, o Recurso Especial nº 1.348.679 – MG (tema 588), de relatoria do eminente Ministro Herman Benjamin, julgado sob o regime repetitivo, reconhece a relação jurídica contratual entre o Instituto de Previdência do Estado de Minas Gerais – IPSEMG e os funcionários públicos que contribuem com o custeio mediante desconto em folha de pagamento.

Não poderia ser diferente. Afinal, quando falamos de defesa do consumidor, falamos também em princípio constitucional elencado não só no artigo 5º, mas também no artigo 170, V, como princípio geral da atividade econômica nacional.

Conforme explanaremos a seguir, a aplicação do CDC poderia ser reconhecida no âmbito do FUSEx para que o Órgão

deixe de apresentar vantagens diversas ao consumidor, usuário final dos serviços, sem que essas vantagens existam em vias práticas, uma verdadeira propaganda enganosa presente nos *sites* oficiais do Exército e de muitas das Unidades Gestoras FUSEx, conforme veremos.

4 O BENEFÍCIO DO PERDÃO DE DÍVIDAS PARA BENEFICIÁRIOS CONSIDERADOS INCAPAZES ECONOMICAMENTE

4.1 Origem do benefício

Não é de hoje que o Exército Brasileiro divulga por suas mídias oficiais, sobretudo pelo *site* da Diretoria de Saúde do Exército², que os beneficiários do Fundo de Saúde do Exército têm benefícios exclusivos, sendo um diferencial entre os planos de saúde existentes no mercado.

Um desses benefícios instituídos e amplamente divulgado é a possibilidade de o beneficiário incapaz de arcar economicamente com as dívidas oriundas dos serviços do FUSEx tê-las perdoadas. O verbete diz exatamente que o

² Disponível em <http://www.centraldeservicos.dsau.eb.mil.br/index.php/pt-br/fusex> Acesso em 21/04/2021. Acesso em: 21 abr. 2021.

FUSEx “*perdoa a dívida de titulares falecidos ou a que extrapole a capacidade de pagamento do beneficiário*”.

Quanto à possibilidade de perdão da dívida de beneficiários falecidos, não há grande celeuma. Afinal, esse direito já foi estabelecido no artigo 36 do Decreto nº 92.512 de 02 de abril de 1986. O embate incide realmente no perdão das dívidas que extrapolam a capacidade econômica do beneficiário, uma vez que há uma omissão na regulamentação desse benefício.

Outrora vigia a Portaria do Exército nº 694, de 27 de setembro de 2006, que estabelecia a capacidade de pagamento do beneficiário titular do FUSEx, referente ao pagamento das despesas médico-hospitalares, estabelecendo um critério objetivo para que fosse considerada a capacidade de pagamento do beneficiário:

Art. 1º Estabelecer, a partir de 1º de outubro de 2006, a capacidade de pagamento do beneficiário titular do Fundo de Saúde do Exército, relativa às despesas indenizáveis provenientes de atendimentos, em doze vezes o valor do soldo do militar ou do soldo do posto ou graduação que deu origem à pensão militar ou da quota-parte, observado o que prescreve o art. 2º da Portaria do Comandante do Exército nº 863, de 25 de novembro de 2005.

Isto é, toda vez que as despesas indenizáveis fossem superiores a doze vezes o soldo do beneficiário titular, a parte

excedente seria considerada perdoada, uma vez que havia uma presunção administrativa de incapacidade de pagamento. Uma saída de cunho social de grande relevância, ao passo que a base do efetivo da força terrestre é composta por soldados engajados cuja remuneração e contexto social não lhe permitem pagar fortunas para tratamentos médicos.

A mesma portaria, no parágrafo único de seu artigo 1º, estabelecia que, se as verbas indenizáveis fossem menores do que 10% (dez por cento) do soldo, poderiam ser cobradas de uma só vez.

Por outro lado, quando a dívida ultrapassa os 10% (dez por cento) do soldo ou da pensão, não poderá ser cobrada em parcela única, mas deverá, em justa medida, ser parcelada, garantindo a capacidade de pagamento do miliciano.

Aqui não nos podemos esquecer das hipóteses em que os militares temporários deixam a caserna, ora sem direito a verbas indenizatórias ora com, mas que muitas vezes não os colocam em posições favoráveis no mercado de trabalho. Nesses casos, os valores aviltantes devidos em relação a despesas médico-hospitalares não podem ser sequer parcelados. Mas podiam ser perdoados, se ultrapassassem em doze vezes o soldo vigente.

Ocorre que, com a edição da Portaria do Exército nº 661, de 14 de maio de 2019, revogou-se a Portaria do Exército nº 694, de 27 de setembro de 2006, extinguindo-se a

regulamentação do benefício do perdão da dívida que extrapola a capacidade de pagamento dos militares.

Embora a Portaria do Exército nº 662, de 14 de maio de 2019, tenha mantido a possibilidade de parcelamento das despesas médico-hospitalares que superem os 10% (dez por cento) do soldo ou pensão militar, não foi clara sobre a possibilidade de parcelamento nos casos em que o militar passa a compor a reserva não remunerada do Exército. Ou seja, mais um vácuo regulamentar foi criado, favorecendo uma situação em que o militar que deixa o serviço ativo possa carregar uma dívida vultosa, que tem condão, inclusive, para ser inscrita na dívida ativa da União. Neste caso, parece que o militar temporário foi verdadeiramente deixado ao desalento pela nova regulamentação.

4.2 Omissão legislativa no dever de regulamentar

Se olharmos pelo prisma da relação consumerista estabelecida entre os beneficiários diretos e indiretos do FUSEx, fica clara a impossibilidade de o prestador de serviços oferecer promoções ou benefícios inexistentes. A publicidade não pode ser enganosa.

Sobre publicidade, a Professora Ada Pellegrini Grinover *et al.* (2007) trouxeram a seguinte conceituação, para fins de relação de consumo:

O conjunto de comunicações controladas, identificáveis e persuasivas, transmitidas através dos meios de difusão, com o objetivo de criar demanda de um produto ou produtos e contribuir para a boa imagem da empresa (GRINOVER *et al.*, 2007 p. 317).

O Código de Defesa do Consumidor é explícito ao vedar a prática da publicidade enganosa, consoante artigo 34, §1º deste diploma legal:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

Mas não só pela aplicação do Código de Defesa do Consumidor deve a Administração do FUSEx regulamentar o benefício amplamente oferecido, também há uma necessidade administrativa de regulamentar.

Veja: é assente na tripartição dos poderes, adotada pelo atual Estado Democrático de Direitos, que, por regra, aquele que exerce o poder executivo não deve legislar ou julgar sobre as

leis. Entretanto, para dar vassão ao princípio da legalidade na Administração Pública e mesmo para garantir a exequibilidade da lei, fica o Executivo incumbido de trazer os pormenores da legislação, sem extinguir direitos ou criar deveres.

Nesse sentido leciona o Professor Celso Antônio Bandeira de Mello (2016):

3. Por outro lado, nos aludidos versículos constitucionais se estampa o cuidado que engendrou a tripartição do exercício do Poder, isto é, o de evitar que se concentrem os poderes públicos em um “mesmo homem ou corpo de principais”, para usar das expressões do próprio Montesquieu, cautela indispensável, porquanto, no dizer deste iluminado teórico: “é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder é levado a abusar dele; ele vai até que encontre limites”. Nisto, aliás, justificou sua postulação de que aquele que faz as leis não as execute nem julgue; que o que julga não faça as leis nem as execute e que aquele que as executa não *faça as leis* nem julgue (*De L'Esprit des Lois*, Paris, Garnier Frères, Libraires Éditeurs, 1869, pp. 142 e 143).

É esta preocupação que, embora já abrigada no art. 5º, II, vem a ser particularmente encarecida no art. 84, III, dispositivo pelo qual se interdita ao Executivo expedir decretos e regulamentos senão para executar fielmente a lei. Seu desiderato, pois, é impedir que sob o rótulo de regulamentar se expeçam disposições de caráter legislativo, vale dizer, normas constitutivas de direitos e obrigações (imposições de fazer ou não fazer) não previstas em lei. Dessarte, com tal preceito, firma-se cânone basilar de nosso Direito Público — oposto ao da autonomia da vontade — segundo o qual *o que, por lei, não está*

antecipadamente permitido à Administração está, ipso facto, proibido.

Visto que muitos dos direitos criados pelo legislador são inexequíveis sem regulamentação, não há que se falar em discricionariedade de editar decretos ou outros atos regulamentares. Há que se fazer. Trata-se de um poder dever do Chefe do Poder Executivo, ao passo que a omissão em regulamentar fará com que o direito conferido não possa ser exercido. Em casos assim, o Poder Judiciário tem se permitido intervir para suprir a lacuna administrativa e conferir ao particular os direitos não regulamentados.

Quando falamos na proteção social do militar, sobretudo no que toca ao resguardo de sua saúde financeira, devemos observar o que foi engendrado pelo colegiado Legislativo, o que nos permite clarear a culpa *in omittendo* do Executivo.

O Estatuto dos Militares, Lei nº 6.880/80, elenca diversos direitos e deveres daqueles que levam a vida castrense, seja na atividade ou na inatividade. No artigo 50, enumera diversos direitos como assistência médico-hospitalar.

Com o advento da Lei nº 13.954/2019, que alterou o Estatuto dos Militares, os milicianos passaram a ter como garantia a proteção social, nos termos do art. 50 – A, que criou o Sistema de Proteção Social dos Militares das Forças Armadas. A legislação inclusive trouxe fonte de custeio para proteção social

dos militares, por meio dos artigos 3º - B, inciso II e artigo 3º - D, ambos da Lei nº 3.765/60.

Sabendo que ao Presidente da República a Magna Carta conferiu o poder/dever de expedir decretos e regulamentos para garantir a fiel execução das leis, conforme já visto, há que se esperar a iniciativa dele para edição de normas que garantam a proteção social do militar, sobretudo no que tange à saúde financeira, trazendo estabilidade aos demais aspectos de sua vida.

Entretanto, ao delegar a competência de gestão e regulamentação dos Fundos de Saúde para os ministros das Forças Armadas, atualmente Comandantes, fez com que parte adjacente da proteção social do militar (saúde, assistência social e previdência) fosse regulamentada pelos atos administrativos desses comandantes. No caso do Exército, as questões inerentes ao Fundo de Saúde do Exército são regulamentadas pelo Comandante do Exército.

O fato é que o Comandante do Exército, por meio de suas Organizações Militares especializadas na área da saúde, bem como pelas Unidades Gestoras dos recursos oriundos do Fundo de Saúde do Exército, vem promovendo há muito tempo diversos direitos que não foram regulamentados. Ou seja, existem nos canais oficiais da força terrestre, mas não na legislação pertinente, criando um campo de ilegalidade para o

administrador, que faz valer o direito, e uma violação ao administrado quando o direito não lhe é dado.

De acordo com os princípios e preceitos aqui expostos, entende-se que o perdão das dívidas que extrapolem a capacidade de pagamento dos militares é a mais pura regulamentação do recente direito conferido aos militares pelo próprio Estatuto, de proteção social, devendo, portanto, ser regulamentado por decretos presidenciais ou pelas portarias do Comandante do Exército, para que surtam os devidos efeitos.

4.3 Do critério para incapacidade de pagamento

Não havendo definição de incapacidade econômica no seio da regulamentação pertinente ao Fundo de Saúde do Exército, é necessário usar algum supedâneo subsidiário, como por exemplo, conceitos extraídos tanto da legislação civil, quanto da jurisprudência e doutrina pátria.

Quando uma parte litigante necessita que lhe seja concedida a benesse da gratuidade de justiça há uma presunção *juris tantum* de sua condição de miserabilidade, traduzida na autodeclaração de hipossuficiência, embasada no Estatuto Processual Civil e na Lei nº 1.060/1950.

Apesar de parecer despiendo, autodeclarar-se incapaz de pagar as custas dos processos judiciais, incluindo os

honorários advocatícios sucumbenciais, pareceu importante ao legislador e ao Tribunal Superior do Trabalho. Tanto que elaborou o verbete sumular nº 463, segundo o qual, para pessoas físicas, “*basta a declaração de hipossuficiência econômica firmada pela parte ou pelo advogado com procuração específica para esse fim*”. A súmula traduziu a conversão da Orientação Jurisprudencial nº 304 da SBDI-1, após as alterações do Código Civil de 2015.

Assim como toda presunção relativa, a de miserabilidade também poderia ser desconstituída quando houver prova em contrário.

Mesmo quando concedido o benefício, esse não se estende para o objeto da ação, de modo que a parte ainda pode ser condenada na obrigação de pagar determinada quantia, passando à fase executória.

Na fase judicial de liquidação da sentença, em que já se exauriu toda a cognição processual e verificou-se que a parte realmente deve satisfazer o crédito do exequente em determinada quantia, há limites para extrair do devedor o que se deve. O princípio da menor onerosidade ao Executado, na fase de cumprimento de sentença ou execução, advém justamente desse limite.

Em vias práticas, não se poderia tomar do devedor até as últimas moedas, tornando-o incapaz de prover o sustento

mínimo, no que tange à alimentação, moradia, vestuário básico e todas as outras substâncias que constituem uma vida digna.

Nesse sentido, Rachel Nunes de Carvalho Farias (2015) comenta sobre a menor onerosidade na fase executória:

[...] deve ser feita em consonância com os princípios da dignidade da pessoa humana e proporcionalidade, o que deve ser considerado não como proteção excessiva e insensata ao incumprimento do devedor, mas sim como forma de protegê-lo e também a sua família de uma situação de precariedade, sem obstar a sua sobrevivência. (FARIAS, 2015)

Para prover o mínimo existencial ao cidadão, o Estado não necessita somente prover meios materiais para que ele não morra de fome, mas também deve impedir que o que já é seu e que não configure patrimônio desnecessário lhe seja tomado. Aliás, a expressão “mínimo existencial” não pode ser substituída por “mínimo vital”, ao passo que aquela expressão leva em consideração aspectos sociais do indivíduo não abarcados pelo mínimo vital.

É nesse imbróglio que se deve verificar que o militar, beneficiário do Fundo de Saúde do Exército, hoje munido de proteção social, ainda não bem especificada, pode estar em uma condição econômica que torne impossível o adimplemento da obrigação de indenizar.

Em que pese seja aceita a autodeclaração de hipossuficiência para concessão do benefício da gratuidade judiciária, não nos parece correto que, apenas por declaração simples do beneficiário titular do FUSEx, seja possível conferir-lhe o benefício do perdão da dívida por incapacidade de pagamento. Aqui, há evidente necessidade de uma prova cabal de sua incapacidade de arcar com a dívida oriunda de despesas médico-hospitalares.

O ônus da prova de incapacidade de pagamento não poderia ser distribuído para a Administração Militar, uma vez que ela não tem gerência alguma sobre a vida econômica de seus administrados. Até porque, para aferir a capacidade de pagamento, não cabe apenas a análise do valor do soldo recebido, mas sim de todo contexto econômico-familiar do Requerente.

Isto é, depois de consolidada a dívida, há que se analisar o caso concreto para verificar se o referido militar realmente faz jus ao benefício do perdão da dívida.

Nessa toada, os elementos trazidos pelo Requerente devem deixar claro que, se pagar – ou tentar pagar – a dívida, seu sustento próprio ou mesmo o de sua família será drasticamente afetado, de forma que a própria dignidade pessoal será vilipendiada pelo Estado, que, segundo a legislação suscitada anteriormente, deveria resguardá-la.

Comprovada sua incapacidade econômica para tornar indene o Fundo de Saúde do Exército, é mister que lhe seja deferido o perdão da dívida, seja pela aplicação da lei consumerista, seja pela proteção social ora conferida ao militar pelo seu Estatuto.

5 CONCLUSÃO

Todo o exposto sugere que houve uma regressão na regulamentação administrativa do Fundo de Saúde do Exército, no que toca às políticas públicas de assistência aos militares, sobretudo, em relação aos militares temporários, componentes do efetivo profissional, que passam a pertencer à reserva não remunerada, tão logo acaba seu último contrato com a Força Terrestre.

Ademais, emerge evidente necessidade regulamentar por parte da Administração Militar, considerando que são oferecidos amplamente supostos benefícios dos planos de saúde *interna corporis*, sem que a própria Administração possa aplicá-los. Isso faz com que haja necessidade de o beneficiário, muitas vezes, recorrer ao Poder Judiciário para ver seu direito minimamente resguardado.

Do ponto de vista consumerista, entende-se que o fato da Administração Militar oferecer a possibilidade de remissão da

dívida sem qualquer regulamentação, à luz do Código de Defesa do Consumidor, poderia ser caracterizado como propaganda enganosa de benefício, trazendo inexorável prejuízo àqueles beneficiários que acreditam nas informações dispostas nos canais oficiais do Exército Brasileiro, sobretudo nos destinados à área da saúde.

Outrossim, tratando-se da incapacidade dos militares, não há como se definir critérios objetivos de aplicação, ainda que se utilize a Portaria do Exército nº 694, de 27 de setembro de 2006 (já revogada), uma vez que a situação econômica deve ser analisada *in casu*, sob o risco de aviltar a dignidade dos menos abastados por situações que vão além do recebimento do soldo militar.

Por fim, é inquestionável a necessidade de avançar gradativamente em questões atinentes à proteção social dos militares que, por muitas vezes, passam toda uma vida dedicando-se à caserna; e, ainda, dos temporários, que muitas vezes ingressam às fileiras da corporação pela sua vulnerabilidade social e, rotineiramente, encontram dificuldade em estabelecerem-se na vida profissional civil após seu desligamento.

REFERENCIAS

BRASIL. *Constituição* (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990*. Código de Defesa do Consumidor. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8078.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980*. Estatuto dos Militares. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6880.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.954, de 16 de dezembro de 2019*. Altera o Estatuto dos Militares e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/L13954.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 3.765, de 04 de maio de 1960*. Dispõe sobre as pensões militares. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/13765.htm. Acesso em: 22 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 1.060, de 05 de fevereiro de 1950*. Estabelece normas para a concessão de assistência judiciária aos necessitados. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/11060.htm. Acesso em: 20 abr. 2022.

BRASIL. *Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015*. Dispõe sobre o Código de Processo Civil. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2015/lei/113105.htm. Acesso em: 21 abr. 2022.

BRASIL. *Decreto nº 92.512, de 02 de abril de 1986*. Brasília: Presidência da República do Brasil, 1986. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d92512.htm#:~:text=DECRETO%20N%C2%BA%2092.512%2C%20DE%2020DE%20ABRIL%20DE%201986.&text=Estabelece%20normas%2C%20condi%C3%A7%C3%B5es%20de%20atendimento,dependentes%2C%20e%20d%C3%A1%20outras%20provid%C3%AAs. Acesso em: 21 abr. 2022.

COSTA, Bruno Bottiglieri Freitas. *A venda de medicamentos em embalagens não fracionáveis à luz do Código de Defesa do Consumidor*. Dissertação (Direito da Saúde) - Universidade Santa Cecília. Santos, 2017.

CRETELLA JUNIOR, José. *Comentários à Constituição Federal de 1988*. São Paulo: Forense Universitária, v. VIII, 1993.

GRINOVER, Ada Pellegrini *et al.* *Código Brasileiro de Defesa do Consumidor Comentado pelos Autores do Anteprojeto*. 9. Ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007, 1217 p.

EXÉRCITO BRASILEIRO. Diretoria de Saúde. Central de Serviços. [FUSEX] – *Dicas e Mementos*. 2019. Disponível em: <http://www.centraldeservicos.dsau.eb.mil.br/index.php/pt-br/fusex>. Acesso em: 22 abr. 2021.

FARIAS, Rachel Nunes de Carvalho. *Desjudicialização do processo de execução: o modelo português como uma alternativa estratégica para a execução civil brasileira*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2015, p. 45.

LEMOS, Michele Scardine Corrêa de. *Análise da Gestão Administrativa e Financeira do Sistema de Saúde do Exército Brasileiro e do Sistema Único de Saúde*. Rio de Janeiro: Escola de Saúde do Exército, 2008.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. “Poder” regulamentar ante o Princípio da Legalidade. *Revista Trimestral de Direito Público – RTDP*, ano 8, n. 64, p. 145-152, jan./mar. 2016.

MINAS GERAIS. *Lei Complementar nº 64 de 25 de março de 2002*. Institui o regime Próprio de Previdência e Assistência Social dos servidores públicos do Estado de Minas Gerais e dá outras providências. Disponível em:
<http://www.ipsemg.mg.gov.br/ipsemg/portal/m/site/institucional/4220-legislacao/517/561>. Acesso em: 21 abr. 2022.

MINISTÉRIO DA DEFESA. EXÉRCITO BRASILEIRO. GABINETE DO COMANDANTE. *Portaria nº 422, de 19 de junho de 2008*. Aprova as Instruções Gerais de Prestação de Assistência à Saúde Suplementar dos Servidores Civis do Exército Brasileiro – PASS – IG 30-18. Disponível em:
[http://www.centraldeservicos.dsau.eb.mil.br/images/leis/PORTARIA N 422-CMT DE 19 DE JUNHO DE 2008.pdf](http://www.centraldeservicos.dsau.eb.mil.br/images/leis/PORTARIA_N_422-CMT_DE_19_DE_JUNHO_DE_2008.pdf). Acesso em: 19 abr. 2022.

MINISTÉRIO DA DEFESA. EXÉRCITO BRASILEIRO. GABINETE DO COMANDANTE. *Portaria nº 117, de 19 de maio de 2008*. Aprova as Instruções Reguladoras da Prestação de Assistência à Saúde Suplementar dos Servidores Civis do Exército Brasileiro – PASS (IR 30-57). Disponível em:
<http://sqinodireito.com/sumulas-de-direito-tributario-por-assunto-stj-e-stf/>. Acesso em: 23 abr. 2022.

MINISTÉRIO DA DEFESA. EXÉRCITO BRASILEIRO. GABINETE DO COMANDANTE. *Portaria nº 694, de 27 de*

setembro de 2006. Estabelece a capacidade de pagamento do beneficiário titular do FUSEx, referente ao pagamento de despesas médico-hospitalares e dá outras providências.

Disponível em:

http://www.hgesm.eb.mil.br/images/LegislacaoFUSEx/portaria_694_capac_pagto_beneficiario_fusex.pdf. Acesso em: 19 abr. 2022.

PEREIRA, Danillo Vilar. Fundo de Saúde do Exército e cadastramento de dependentes: legalidade da limitação temporal. *Conteúdo Jurídico*. Brasília – DF: 25 mar. 2021.

Disponível em

<https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/51128/fundo-de-saude-do-exercito-e-cadastramento-de-dependentes-legalidade-da-limitacao-temporal>. Acesso em: 25 mar. 2021.

ROSA, Fabrício Cruz da. *O Financiamento da Saúde no Exército Brasileiro*. XXIII Jornadas Nacionales de Economía de la Salud. Argentina, 2013.

SANTOS. *Lei nº 2232 de 02 de janeiro de 1960*. Amplia as atribuições da Caixa Beneficente dos Funcionários Municipais de Santos, altera-lhe a denominação, cria a pensão mensal familiar e dá outras providências. Disponível em:

<http://www.capepsaude.com.br/documentos/legislacao/15475721805c3e13d4c9fed.pdf>. Acesso em: 19 abr. 2022.

SÃO PAULO. *Lei nº 1.856 de 28 de Outubro de 1952*. Cria o Instituto de Previdência do Estado, como entidade autárquica, o Departamento de Assistência Médica ao Servidor Público do Estado de São Paulo, DAMSPE, e dá outras providências.

Disponível em: [http://www.iamspe.sp.gov.br/wp-](http://www.iamspe.sp.gov.br/wp-content/uploads/2016/11/Lei-1856-de-28-de-outubro-de-1952.pdf)

[content/uploads/2016/11/Lei-1856-de-28-de-outubro-de-1952.pdf](http://www.iamspe.sp.gov.br/wp-content/uploads/2016/11/Lei-1856-de-28-de-outubro-de-1952.pdf). Acesso em: 19 abr. 2022.

STM. O Papel da Justiça Militar da União. *Memória*. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/o-stm-stm/memoria>. Acesso em: 24 mar. 2021.

TRF-4, *Apelação Cível nº 5009186-19.2015.4.04.7200/SC*, Relator: Juiz Federal Sérgio Renato Tejada Garcia, transitada em julgado em 10/11/2017.

TRF-2 – *APELREEX: 00000098-88.2011.4.02.5114*, Relator: Juiz federal Guilherme Diefenthaeler, Data de julgamento: 25/01/2016, 8ª Turma.

Habeas corpus em sede de transgressão disciplinar

Allan Kardec Campo Iglesias

Advogado.

Presidente da Comissão de Direito Militar da OAB/SP – Santos.

Washington Luiz Bezerra da Silva

1º Sgt da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Mestrando em Direito Processual Constitucional pela UNLZ – Argentina.

Data de recebimento: 19/04/2022

Data de aceitação: 23/05/2022

RESUMO: A presente pesquisa, de cunho exploratório e com o auxílio de levantamento bibliográfico, visa demonstrar os contornos da aplicabilidade da ação constitucional *habeas corpus*, em sede de transgressões disciplinares no âmbito das Forças Armadas do Brasil, bem como das corporações de polícia militar dos estados. Para tanto, verificou-se os aspectos gerais do remédio heroico, bem como seu contexto histórico, permitindo uma melhor hermenêutica sobre a matéria. Em outro ponto, saindo pela tangente doutrinária, verificaram-se as correntes mais comuns sobre o tema, delineando, inclusive os panoramas atuais, após a promulgação da Lei nº 13.967/2019, que extinguiu a possibilidade de aplicação de penas privativas de liberdade no âmbito das Forças Auxiliares. Por fim, os autores concluíram

pela aplicabilidade restrita do *habeas corpus*, nas hipóteses em que há patente ilegalidade na condução do processo administrativo disciplinar ou na aplicação das sanções administrativas.

PALAVRAS-CHAVE: Habeas corpus; Direito Administrativo Disciplinar; Direito Militar.

ENGLISH

TITLE: Habeas corpus in the case of disciplinary transgression.

ABSTRACT: This research, of exploratory nature and with the aid of bibliographic survey, aims to demonstrate the contours of the applicability of the constitutional action, habeas corpus, in the context of disciplinary transgressions within the scope of the Armed Forces of Brazil, as well as the military police corporations of the states. In order to do so, the general aspects of the habeas corpus were verified, as well as its historical context, allowing a better hermenêutics on the matter. An another point, leaving the doctrinal tangent, the most common currents on the subject were verified, outlining, including the current panoramas, after the enactment of law nº 13.967/2019, which extinguished the possibility of applying custodial sentences within the Auxiliary Forces. Finally, the authors concluded for the restricted applicability of habeas corpus, in cases Where there is a patente illegality in the conduct of the disciplinary administrative process in the application of administrative sanctions.

KEYWORDS: Habeas corpus; Disciplinary Administrative Law; Military Law.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Premissas iniciais – 3 Da evolução histórica do *habeas corpus* – 4 Natureza jurídica – 5 Competência para processamento e julgamento – 6 Das correntes doutrinárias sobre *habeas corpus* em sede transgressão disciplinar – 7 Do advento da Lei n.º 13.967 de 26 de dezembro de 2019 e seus reflexos na aplicabilidade do *writ disciplinae* nas polícias militares – 8 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O *Habeas Corpus* é um marco civilizatório, usado por todas as sociedades democráticas da atualidade, que representa o momento em que a sociedade granjeou na luta pela proibição das prisões arbitrárias. Agora, a Constituição Federal assevera o seu uso, mas ao mesmo tempo afasta o uso para prisões administrativas disciplinares.

Por meio de metodologia exploratória e com o auxílio de levantamento bibliográfico, buscamos entender os corolários do *Habeas Corpus*, que são a garantia de proteção aos direitos de quem sofre ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.

O famoso remédio constitucional encontra uma especial aplicação no tocante ao Direito Disciplinar Militar, tendo em vista as disposições constitucionais que tratam sobre o tema na

esfera militar. Essa temática vem causando grande celeuma entre os operadores de direito e entre os militares das forças estaduais e da União, uma vez que é necessária a valoração entre normas e princípios constitucionais para se definirem os limites do instituto, bem como até onde poderá ir a *longa manus* do Judiciário, no que tange à análise do mérito administrativo. O tema atinge as garantias fundamentais preconizadas Pelo Texto Magno, deparando-se com a expressa previsão de não cabimento do remédio em artigos da mesma Carta.

De um lado temos doutrinadores como Jorge Cesar de Assis (2013, p.214), cujo entendimento é de que “é certo que a Constituição não possui dispositivos antagônicos, razão pela qual não se pode falar em antinomia entre o seu artigo 5º, LXVIII, e o § 2º do art. 142, sendo necessário conciliá-los”. Doutro modo, pelo ponto de vista de Jair Soares Júnior (2010, p. 56), no contexto militar do cumprimento das missões constitucionalmente estabelecidas, é perfeitamente cabível que seja renunciado a certas garantias fundamentais em favor do interesse público.

Por fim, para cumprir o aventado nesta proposta, far-se-á um estudo entre a possibilidade do uso do *habeas corpus*, bem como a temática do advento da Lei 13.967 de 2019, limitando a pesquisa a não esgotar as possibilidades dos conflitos de competência que existem na jurisprudência para julgamento e o

conflito constitucional existente entre algumas autoridades que exercem legitimidade ativa em propor ações diretas de inconstitucionalidade que propuseram ADIN frente à constitucionalidade da Lei 13.967 de 2019.

2 PREMISSAS INICIAIS

Para chegarmos ao ápice da discussão sobre a matéria em voga, é necessário estabelecer algumas premissas.

O artigo 5º, inciso LXVIII, da Carta Magna, apresenta o instituto nas seguintes palavras: “Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou por abuso de poder”.

Nota-se que o remédio heroico será efetivo não só quanto a ocorrência fática da coação ou violência contra a liberdade de locomoção, mas também na iminência de que o façam, tendo essa última modalidade o nome de *habeas corpus* preventivo e o primeiro, de repressivo.

Além do requisito da violência efetiva ou ameaça de violência à liberdade de locomoção, também será necessário apontar o paciente, ou seja, a pessoa que sofre a ameaça ou violência à liberdade de locomoção; o impetrante, sendo este a pessoa legítima para impetrar a ordem de *habeas corpus*. Tendo

em vista o texto constitucional, o impetrante pode ser qualquer pessoa, não importando sua capacidade postulatória; o detentor, ou seja, quem mantém o paciente sem liberdade; e o agente coator, que de fato pratica a coação ou ameaça fazê-lo. Quanto a este último, vem entendendo a jurisprudência massiva que poderá ser autoridade pública ou particular, no exercício de função pública.

No nosso contexto, o *habeas corpus* será sempre contra ato de autoridade pública, qual seja: o militar responsável pela efetiva coação.

As normas e garantias fundamentais elencadas no artigo 5º da CF/88 são de tamanha importância que o constituinte se preocupou em editar o artigo 60º, inciso IV, § 4º, em que blinda tais garantias ao passo que proíbe o constituinte derivado de deliberar proposta de emenda tendente a abolir quaisquer dos institutos ora garantidos no capítulo de que trata os direitos e garantias individuais.

Devemos, portanto, entender o motivo pelo qual o legislador resolveu dispor em seu artigo 142, § 2º, que “não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares”.

A atividade militar exige uma proximidade do indivíduo que ocupa essa função executiva com o próprio Estado. A essa relação próxima, damos o nome de regime de sujeição especial.

O antigo conceito justifica a possibilidade de tratamento diferenciado entre os militares e demais administrados. Mas também é verdade que o regime de sujeição especial também abarca outras categorias de administrados. Então, é preciso esmiuçar a peculiaridade militar.

Pois bem, dentre todos os princípios que vigem na caserna, dois são alçados ao patamar máximo de sustentabilidade do sistema militar e são expressamente citados na Constituição Federal, conforme artigos 42 e 142. São os princípios da hierarquia e da disciplina, sustentáculos seculares que são manifestados pelo dever de subordinação e obediência extrema, sem similitude com a vida civil.

Entende-se que o processo administrativo disciplinar é o meio pelo qual a Administração Pública restabelece a ordem do serviço prestado, inclusive apurando responsabilidades dos servidores. Isto é, com a persecução administrativa, os princípios da hierarquia e da disciplina são preservados.

Ocorre que no meio militar essa persecução é, via de regra, sumaríssima, ao passo que as fissuras no sistema hierárquico refletem na disciplina, o que por sua vez, estando avariada, pode resultar na falta de coesão da tropa e do sistema militar como um todo.

Assim, com fundamento no regime de sujeição especial dos militares e na importância do vértice principal da estrutura

militar, diversos doutrinadores justificaram a vedação constitucional ao *habeas corpus* em transgressões disciplinares.

Lenza (2015), por exemplo, entende que tal vedação é perfeitamente cabível, uma vez que foi feita pelo irrestrito poder constituinte originário e que a vedação encontra amparo no princípio da hierarquia, norteador das premissas militares.

Veremos, no entanto, que não será em todo e qualquer caso que o remédio ficará indisponível. Afinal, deve-se ter em mente que, apesar de o mérito administrativo ser indisponível ao Poder Judiciário, via de regra, ainda restam as análises de legalidade do curso processual.

Esse entendimento pode ser descolado no seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL PENAL. MILITAR. HABEAS-CORPUS. PRISÃO DISCIPLINAR. ART. 142, §2º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. - Consoante o disposto no art. 142, §2º, da Constituição Federal, incabível o uso do habeas-corpus em relação a punições disciplinares militares. - A restrição é limitada ao exame do mérito do ato administrativo, sendo viável, portanto, a utilização do remédio tutelar constitucional da liberdade de locomoção, relativamente aos vícios de legalidade, entre os quais, a competência do agente, o direito de defesa e as razões em que se apoiou a autoridade para exercer a discricionariedade. - Na hipótese em que se ataca o mérito das razões que ensejaram a imposição da penalidade, o tema situa-se fora do alcance do habeas-corpus. - Recurso ordinário desprovido. (RHC

200000177288, VICENTE LEAL, STJ - SEXTA
TURMA, DJ DATA: 02/05/2000 PG: 00182.
DTPB)

Antes de aprofundarmos na possibilidade jurídica da concessão do remédio heroico, é necessário vislumbrarmos os históricos do *habeas corpus* no Direito.

3 DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO *HABEAS CORPUS*

Como instrui Moraes, (2003. p.105) o remédio heroico surgiu no Direito Romano, por meio da exceção chamada *interdictum de libero homine exhibendo*, em que qualquer cidadão poderia exigir que o homem livre preso ilegalmente fosse apresentado. A ideia de liberdade desse tempo, percorrendo até a idade média, era diversa da atual. Outrora até magistrados utilizavam-se de homens livres para prestar-lhes serviços de forma obrigatória.

A doutrina majoritária aponta que o instituto do *habeas corpus* surgiu na Magna Carta, outorgada pelo Rei João Sem Terra em 19 de junho de 1215, nos campos de Runnymed.

O imperioso transcurso do tempo trouxe o instituto ao Brasil com a chegada de D. João VI, ainda de forma implícita na legislação positiva, com a edição do Decreto de 23-5-1821, e ele

só se viu positivado em 1832, no Código de Processo Criminal do Império¹, como se vê nas palavras de Moraes (2003):

No Brasil, embora introduzido com a vinda de D. João VI, quando expedido o Decreto de 23- 5- 1821, referendado pelo Conde dos Arcos e implícito na Constituição Imperial de 1824, que proibia as prisões arbitrárias e nas codificações portuguesas, o habeas corpus surgiu expressamente no direito pátrio no Código de Processo Criminal de 29-11-1832, e elevou-se a regra constitucional na Carta de 1891, introduzindo, pela primeira vez, o instituto do habeas corpus (MORAES, 2003, p. 106)

É importante salientar que a figura encontrada no artigo 344 do Código de Processo Criminal do Império é o *habeas corpus* liberatório. A modalidade preventiva só viria a nascer em 1871, com o advento do Decreto 2.033, de 29 de novembro de 1871. Esse decreto estendeu o *habeas corpus* aos estrangeiros que tivessem sua liberdade à iminência de cerceamento².

O artigo 179, inciso X, da Constituição de 1824, já semeava o início do cerceio do remédio heroico em sede de transgressão disciplinar, ao dispor que a prisão dos militares era necessária à disciplina e recrutamento do Exército:

¹ Artigo 344: Independentemente de petição qualquer Juiz póde fazer passar uma ordem de – Habeas-Corpus – ex-offício, todas as vezes que no curso de um processo chegue ao seu conhecimento por prova de documentos, ou ao menos de uma testemunha jurada, que algum cidadão, Official de Justiça ou autoridade publica tem ilegalmente alguem sob sua guarda, ou detenção.

² ASSIS, 2013, p.217.

Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Civis, e Politicos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte.

X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não póde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar.

O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não comprehende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro do determinado prazo. (grifo nosso)

O texto do artigo 72, § 22, da referida Constituição de 1891³, abria margem a interpretação de que o *habeas corpus* poderia ser usado para tutelar qualquer direito violado. Inclusive direitos que hoje são tutelados pelo Mandado de Segurança. Essa tese foi amplamente defendida por fabulosos juristas da época, daí incluso o grande advogado Rui Barbosa.

Em 1934 o *habeas corpus* passa a tutelar expressamente a liberdade do indivíduo e a proibir o remédio em transgressões disciplinares; *in verbis*:

³ Artigo 72º, § 22º: Dar-se-á o *habeas corpus*, sempre o indivíduo sofrer ou se achar em iminente perigo de sofrer violência ou coação por ilegalidade ou abuso de poder.

Dar-se-á *habeas corpus* sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade, por ilegalidade ou abuso de poder. Nas transgressões disciplinares, não cabe o *habeas corpus*.

As cartas constitucionais seguintes mantiveram vedado o *habeas corpus* para militares, nos casos em que respondiam a transgressões disciplinares. A Carta de 1946, conhecida como a mais liberal de todas, manteve vedado o *writ disciplinae*.

Durante o Regime Militar (1964 – 1985), em certo momento da história, com o surgimento do Ato Institucional nº 5, o *habeas corpus* fora suspenso para os seguintes casos elencados no texto de seu artigo 10: “Fica suspensa a garantia de *habeas corpus*, nos casos de crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem econômica social e a economia popular”.

Em que pese o evidente retrocesso, o Ministro Jorge Alberto Romeiro (*apud* ASSIS, 2013, p.219) lembra que foi o próprio STM que abriu precedente para a utilização de medida liminar no remédio constitucional:

[...] a liminar em *habeas corpus*, usada, sem lei a respeito, pela jurisprudência de todos os tribunais, foi criação do STM. O professor Heleno Fragoso, quando nos saudou em nome do Conselho federal da OAB, em cerimônia de nossa posse como ministro do STM, em 12,11,1979, disse ter sido no referido tribunal que por primeira vez em nosso direito, um juiz militar – o Almirante José Espíndola – concedeu liminar em *habeas corpus* preventivo. Quando

mais tarde, o STF atuou no mesmo sentido, em HC concedido a um Governador na iminência de ser deposto, invocou-se o precedente da Justiça Militar. (DJU, Seção I, 30.11.1979, p. 9.004)

Já com a Constituição Cidadã de 1988, o *habeas corpus* passa a constar no capítulo que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, em seu artigo 5º, inciso LXVIII, com a redação citada em parágrafos anteriores.

Em sede de direito infraconstitucional, o *habeas corpus* não chega a aparecer no Regulamento Processual Criminal Militar de 1895, mas somente no Código de Justiça Militar de 1926, modificado pelo Decreto 24.803 de 14 de julho de 1934, no artigo 261.

O Código de Justiça Militar de 1938 apresentou capítulo dedicado ao *habeas corpus*, com texto semelhante ao da constituição vigente e ainda proibindo o remédio aos acusados de cometer transgressão disciplinar.

Por fim, o atual Código de Processo Penal Militar, criado pelo Decreto-Lei nº 1.002/1969, apesar de ter vindo a lume no esteio da constituição anterior, deve ser interpretado de acordo com a atual Carta Constitucional, conforme amplamente defendido. No referido *codex* o *habeas corpus* teve sua previsão no seu artigo 466.

Moraes invoca Alcino Pinto Falcão para dizer a importância do *habeas corpus*, na seguinte mensagem:

[...] a garantia do *habeas corpus* tem um característico que a distingue das demais: é bem antiga, mas não envelhece. Continua sempre atual e os povos que a não possuem, a rigor não são livres, não gozam de liberdade individual, que fica dependente do Poder Executivo e não da apreciação obrigatória, nos casos de prisão, por parte do juiz competente (FALCÃO *apud* MORAES, 2003, p.106)

Em brevíssimo apontamento, temos que o remédio heroico teve longo percurso histórico desde sua criação, passando por épocas de aplicações parcas e dificultosas, até o hodierno momento histórico, auge de sua aplicabilidade no mundo castrense, tendo em vista os novos entendimentos que serão expostos oportunamente.

4 NATUREZA JURÍDICA

O artigo 467 do Código de Processo Penal elenca o *habeas corpus* como modalidade de recurso, contudo a doutrina tem considerado tal instituto como ação autônoma, visto que não se faz necessária uma relação jurídico-processual anterior para que se possa impetrar tal remédio constitucional, diferentemente dos recursos, que têm como pressuposto a existência de processo já formado anteriormente.

No Código de Processo Penal Militar, o instituto aparece inserido no Título II – Dos Processos Especiais, Capítulo VI, e

todo esse capítulo é dedicado ao *habeas corpus* e este não é tratado como modalidade recursal.

Vicente de Paulo Saraiva (*apud* ASSIS, 2013, p. 223), reforça a ideia de que o *habeas corpus* é ação de natureza constitucional:

[...] como garantia individual, também entre nós o *habeas corpus* passou a significar, substancialmente, o próprio “mandado de soltura” - se destina a proteger a liberdade de ir e vir, ou seja, de locomoção, de quem perdeu ou se acha ameaçado de perdê-la, por ilegalidade ou abuso de poder. Assim, para os atos que não digam respeito propriamente à aludida liberdade de locomoção, direta ou indiretamente, o remédio é o mandado de segurança (CF, art 5º, LXIX), e não *habeas corpus* - como se praticou por vezes, antes da criação daquele. E, embora ad rubricam o *habeas corpus* se ache inserido entre os recursos, sua natureza é propriamente de uma ação (SARAIVA *apud* ASSIS, 2013, p. 223).

Destarte, Assis enxerga o *habeas corpus* pela ótica penal, administrativa e outra de natureza atípica. Considera de natureza penal o *writ* quando visa tutelar a liberdade ameaçada ou restringida por atos de natureza penal, tal como a prisão preventiva e em flagrante delito. Será administrativa quando a coação é em razão de punição disciplinar militar; e atípica quando ocorrer, por exemplo, de prorrogação ilegal e indevida do tempo do serviço militar obrigatório, ainda que o militar esteja respondendo a processo judicial. Também será encarada

como atípica a ação de *habeas corpus* contra autoridade particular ou pública que mantenha internado, compulsoriamente, paciente em hospital público ou particular.

Bulos (2010, p. 30) considera o *habeas corpus* uma ação penal popular, mas de natureza constitucional, tendo seu procedimento classificado como sumário.

Deve-se lembrar de que o *habeas corpus* poderá ser liberatório, quando a coação já se viu consumada; e, preventivo quando houver ameaça de coação ilegal. Neste último caso haverá a expedição de salvo conduto.

Desta forma, pressupõe-se para o ensejo do *writ* que tenha havido ilegalidade ou abuso de poder. Entende-se por ilegalidade o ato da autoridade que está à margem da lei ou totalmente contra ela, como assevera Jorge Cesar de Assis. No abuso de poder o agente tem poder legalmente constituído para praticar o ato, mas o faz de forma a extrapolar os limites de sua competência.

Em todo caso, o CPPM, em seu capítulo dedicado ao *habeas corpus*, tratou de elencar hipóteses de ilegalidade e de abuso de poder que ensejam o remédio.

5 COMPETÊNCIA PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO

Há um tratamento diferenciado quanto à competência para processamento e julgamento de *habeas corpus* em sede de transgressão disciplinar no que tange às polícias militares estaduais e às Forças Armadas.

Até antes da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, a competência para processar e julgar *habeas corpus*, em sede de transgressão disciplinar militar estadual, era da Justiça Comum estadual. No entanto, referida emenda deslocou a competência para a Justiça Militar dos Estados e do Distrito Federal.

Em se tratando dos militares da União, como ensina Assis⁴ e apoiado pela maioria doutrinária, somente com a prometida reforma do judiciário, haverá o Superior Tribunal Militar de ser competente para processar e julgar *habeas corpus* em sede de transgressão disciplinar. Atualmente, tal competência permanece com a Justiça Federal. A razão disso é calcada no entendimento de que o artigo 469º do Código de Processo Penal Militar, que atribui ao Superior Tribunal Militar a competência para julgar *habeas corpus*, refere-se ao remédio invocado tão somente por ocasião de inquérito policial militar,

⁴ ASSIS, 2013, p.233.

na fase de cognição de processo penal ou em sede de execução de pena.

Isto é, não havendo norma disciplinadora da competência, há que se designar a Justiça Federal para processamento e julgamento dos feitos dessa natureza.

É interessante apresentar o ensaio feito por Assis (2013) quanto à possível reforma constitucional e seus efeitos:

Por fim, quando for concluída a reforma constitucional, e com ela o advento da parcela de jurisdição cível da Justiça Militar da União, consubstanciada na competência para exercer o controle jurisdicional das punições disciplinares militares, cremos que a competência para apreciar pedido de HC nas transgressões disciplinares passará a ser do Juiz Auditor, já que a eventual ilegalidade ou abuso de poder será de autoridade administrativa sob sua jurisdição e nunca, do Superior Tribunal Militar, que atuará como órgão de 2º grau de jurisdição da decisão cá embaixo proferida. Mesmo naqueles pedidos de ordem de habeas corpus, em que a autoridade militar coatora ou mesmo paciente seja oficial general, ainda assim a competência para processar e julgar a ação será do Juiz Auditor. Não há que se falar em foro privilegiado porque o foro privilegiado a que os oficiais gerais têm direito, refere-se tão somente ao julgamento dos crimes militares por eles cometidos, não existindo foro privilegiado para julgamento de *habeas corpus* em sede de transgressão disciplinar.

Há, todavia, aqueles que defendem que o Superior Tribunal Militar deve permanecer com a competência inclusive

do *habeas corpus* impetrado em sede de transgressões disciplinares. João Rodrigues Arruda e Ricardo Henrique Alves Giuliani (*apud* JÚNIOR, 2010, p. 70), ao defenderem tal posição, relembram o HC 2005.01.034099-8/SP, ocasião em que a 3ª Vara Federal de Santos – SP declinou de sua competência para apreciar o *mandamus*, e o HC: 34207 RJ 2006.01.034207-9, de relatoria do Min. Marcus Herndl, que efetivamente conheceu do *writ* para negar-lhe provimento:

HABEAS CORPUS – PRISÃO DISCIPLINAR – PRECEITOS LEGAIS. Impetração objetivando, liminarmente, a imediata soltura do paciente, preso disciplinarmente pelo Comandante do 2º BIL, e, no mérito, a anulação do processo referente à Apuração da Transgressão Disciplinar, por inobservância de preceitos legais. *Writ* submetido à jurisdição do MM. Juiz da 3ª Vara Federal de Santos/SP, que declinou de sua competência em favor desta Justiça Militar da União. [...]. Denegada a ordem. Decisão unânime. STM Nº 2005.01.034099-8/SP, data da publicação 31/01/2006.

Ressalvado o entendimento doutrinário e jurisprudencial diverso, entendemos, calçados no que parece estar firmado o posicionamento majoritário: que o *habeas corpus* impetrado em decorrência de transgressão disciplinar deve ser processado e julgado pela Justiça Federal comum.

Impende apontar que não é possível a ampliação da competência criminal da Justiça Militar da União, lançada pelo

artigo 124, parágrafo único, da Constituição Federal, mediante lei infraconstitucional, seja ela o Código de Processo Penal Militar ou mesmo a lei que regula a organização e o funcionamento da Justiça Militar da União, Lei nº 8.457/92, art. 6º, inciso I, alínea “c”.

Algo diferente ocorreria no caso de aprovação da Proposta de Emenda Constitucional – PEC nº 358/05, em trâmite do Congresso Nacional desde 2005, que pretende, dentre várias outras alterações, ampliar a competência da Justiça Militar, para nela incluir o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas.

6 DAS CORRENTES DOUTRINÁRIAS SOBRE *HABEAS CORPUS* EM SEDE DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR

Superada as questões supramencionadas, é evidente a importância do remédio heroico na ordem jurídica vigente. No Direito Disciplinar Militar, filho do Direito Administrativo, não seria diferente.

Entretanto, é possível visualizar três grandes correntes distintas no que tange à possibilidade do uso de *habeas corpus* contra punições disciplinares. Em escopo geral, as correntes

passam pela inadmissibilidade absoluta, pela admissibilidade restrita e pela irrestrita, conforme segue.

A primeira grande corrente é a mais ortodoxa. Para os adeptos dessa corrente, não há admissão do *habeas corpus* em hipótese alguma. Isso em razão de interpretação literal do artigo 142, §2º, da Magna Carta. Reputa-se ainda que tal intervenção na disciplina, corolário de toda a organização hierárquica, seria extremamente prejudicial para os princípios fundantes das forças militares, não podendo haver tal interferência do Poder Judiciário, mesmo que tomasse como referência a justiça especializada. Tal corrente é admitida por grandes nomes como Gerson da Rosa Pereira, José Afonso da Silva e Walter Ceneviva (ASSIS, 2013, p.224).

Trata a segunda corrente de uma adequação entre o disposto no artigo 5º, XXXV, e o § 2º, do artigo 142º da CF. Ou seja, uma equalização entre o direito fundamental da inafastabilidade do controle jurisdicional e a vedação do *habeas corpus* para transgressões militares. Os adeptos dessa corrente sustentam que somente poderá ser apreciado o *writ disciplinae* nos casos de ilegalidade da punição.

Neste passo, o controle judicial de legalidade formal seria a salvaguarda una do ato administrativo disciplinar. Em outras palavras, não haveria que se rever matéria de mérito dos processos disciplinares e investigatórios, como sindicâncias.

Com efeito, as punições disciplinares sem vícios de validade não poderão ser objeto de *habeas corpus*, sendo que o mérito do ato disciplinar é de competência única e exclusiva do oficial competente para julgamento. Isto porque, como visto alhures, a punição disciplinar visaria recompor a disciplina da tropa, ora afrontada pelo transgressor.

Essa corrente é capitaneada por Ackel Filho, Jorge César de Assim e por Pontes de Miranda (ASSIS, 2013) e aceita pelo STF (CHAVES, 2002, p. 33).

Extremada, a última corrente é de natureza extremamente liberal, com laços na doutrina penal garantista. Aqui, o remédio será cabível em qualquer das hipóteses, seja contra a legalidade da punição, ou para adentrar as questões de mérito. Essa corrente é capitaneada por José Luiz Dias Campo Júnior (ASSIS, 2013, p. 227).

Nessa esteira, tendo o militar passado por todo o trâmite administrativo, relativo ao processamento e julgamento de sua causa disciplinar, caso entendesse como injusta a decisão do oficial competente para julgamento, sem precisar avançar pelas vias recursais administrativas, poderia utilizar-se do remédio heroico para ver sua questão reanalisada pelo Poder Judiciário.

É de se apontar perigosa a intromissão irrestrita na valoração do mérito administrativo, não só no que tange às forças militares, mas no esteio de toda a Administração Pública,

ao passo que a via administrativa seria apenas uma escalada de produção de provas para se chegar à análise judicial.

Em que pese não ser incomum a análise deturpada das provas processuais, bem como ser institucionalmente enraizada inclinação para punição das praças, sob o menor dos indícios de cometimento de transgressão disciplinar, entendemos que a mudança de comportamento institucional deve ser construída *interna corporis*, por meio de educação especializada, sendo que a interferência judicial deve figurar apenas no sentido de garantir o devido processo legal com todos os seus corolários.

Outra questão a ser enfrentada é a nova interpretação da ordem constitucional com relação aos tratados de direitos humanos incorporados. A relevância do tema se dá ao passo que, no Pacto de São José da Costa Rica, não há vedações ao uso do *writ* nos casos de punição disciplinar militar⁵. Aliás, o referido tratado engloba todas as pessoas na relação de direitos elencados, desta forma, limitando exponencialmente a interpretação do atual artigo 142, § 2º, da CF, este que, como

⁵ Artigo 7º - Direito à liberdade pessoal (...) 6. Toda pessoa privada da liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida, sem demora, sobre a legalidade de sua prisão ou detenção e ordene sua soltura, se a prisão ou a detenção forem ilegais. Nos Estados-partes cujas leis preveem que toda pessoa que se vir ameaçada de ser privada de sua liberdade tem direito a recorrer a um juiz ou tribunal competente, a fim de que este decida sobre a legalidade de tal ameaça, tal recurso não pode ser restringido nem abolido. O recurso pode ser interposto pela própria pessoa ou por outra pessoa.

visto anteriormente, proíbe o HC em sede de transgressão disciplinar militar.

Dessa forma entende Júnior (2010, p. 62,63 e 64) que a Emenda Constitucional nº 45/2004, que passou a considerar as normas internacionais de proteção como sendo de hierarquia constitucional, deve retroagir aos tratados anteriores ora tratados como normas de caráter infraconstitucional, tal como o Pacto de São José da Costa Rica.

Tal entendimento se baseia, também, na decisão do Ministro Celso de Mello, em 2008, no HC nº 87.585-8:

Posta a questão nesses termos, a controvérsia jurídica remeter-se-á ao exame do conflito entre as fontes internas e internacionais (ou, mais adequadamente, ao diálogo entre essas mesmas fontes), de modo a se permitir que, tratando-se de convenções internacionais de direitos humanos, estas guardem primazia hierárquica em face da legislação comum do Estado brasileiro, sempre que se registre situação de antinomia entre o direito interno nacional e as cláusulas decorrentes de referidos tratados internacionais.[...]Após muita reflexão sobre esse tema, e não obstante anteriores julgamentos desta Corte de que participei como Relator (RTJ 174/463-465 – RTJ 179/493-496), inclino-me a acolher essa orientação, que atribui natureza constitucional às convenções internacionais de direitos humanos, reconhecendo, para efeito de outorga dessa especial qualificação jurídica, tal como observa CELSO LAFER, a existência de três distintas situações concernentes a referidos tratados internacionais:1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso país aderiu), e regularmente

incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988 (tais convenções internacionais revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição);²) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso país venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC n. 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o “iter” procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição); e³) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso país aderiu) entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC n. 45/2004 (referidos tratados assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia jurídica lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é “a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados”⁶).

Assim, não haveria que se inadmitir o remédio heroico nos casos de transgressão disciplinar militar.

Nós prevalecemos com o entendimento até então defendido, no sentido de que o *modus vivendi* da caserna e toda a estrutura disciplinar e hierárquica justificam a apreciação do mérito administrativo das transgressões disciplinares pelos oficiais responsáveis. Mas que qualquer ato administrativo disciplinar, inclusive na persecução investigativa disciplinar,

⁶ STF - HC nº 87.585-8 – TO, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, DJ: 25-06-2009.

que viole o princípio do devido processo legal, que introduza ilegalidades ou que configure violência institucional deve ter seu controle garantido pelo Poder Judiciário, independentemente da distribuição de competência de matéria que a constituição ou a lei infraconstitucional reserve.

7 DO ADVENTO DA LEI Nº 13.967 DE DEZEMBRO DE 2019 E SEUS REFLEXOS NA APLICABILIDADE DO *WRIT DISCIPLINAE* NAS POLÍCIAS MILITARES

Com a promulgação da Lei n.º 13.967 de 26 de dezembro de 2019, composta por apenas quatro artigos, adveio uma importante inovação ao sistema administrativo disciplinar das Polícias e Bombeiros Militares do Brasil.

A nova lei altera o Decreto-Lei nº 667 de 2 de julho de 1969, que reorganiza as polícias militares e os corpos de bombeiros militares, modificando especificamente seu artigo 18, que passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 18. As polícias militares e os corpos de bombeiros militares serão regidos por Código de Ética e Disciplina, aprovado por lei estadual ou federal para o Distrito Federal, específica, que tem por finalidade definir, especificar e classificar as transgressões disciplinares e estabelecer normas relativas a sanções disciplinares, conceitos, recursos, recompensas, bem como regulamentar o processo

administrativo disciplinar e o funcionamento do Conselho de Ética e Disciplina Militares, observados, dentre outros, os seguintes princípios:

I - dignidade da pessoa humana;

II - legalidade;

III - presunção de inocência;

IV - devido processo legal;

V - contraditório e ampla defesa;

VI - razoabilidade e proporcionalidade;

VII - vedação de medida privativa e restritiva de liberdade.

Verifica-se, portanto, que a vedação às medidas privativas de liberdade foi alçada a princípio geral, norteador dos códigos de disciplina das forças policiais. Com essa alteração devem os Estados e o Distrito Federal criar códigos de ética e disciplina com sanções diversas das restritivas de liberdade.

Destarte, a implementação do disposto na citada lei, deveria ter sido efetivada em prazo de 12 meses, o que não foi cumprido pela maioria dos Estados Membros, mas não trata de *Vacatio Legis*, já que o artigo 4º da lei prevê que “esta Lei entra em vigor na data de sua publicação”.

O efeito foi imediato. Com a publicação da Lei 13.967/19, a possibilidade de prisão por infração disciplinar militar foi extinta do ordenamento jurídico, tornando ilegais as prisões militares provenientes de decisões administrativas.

A Comissão Especial de Direito Militar da OAB/SP se manifestou com esse entendimento no ano de 2020 e foi acompanhada por parecer da Procuradoria-Geral do Estado, que orientou a vedação de medida privativa e restritiva de liberdade e pelo entendimento do reconhecimento dos efeitos imediatos da nova lei; e, dada retroatividade benéfica, a proibição da execução de qualquer medição nesse sentido, mesmo que já iniciada.

Cabe ressaltar que já existem entendimentos diversos em relação à legalidade da Lei 13.967/19, isto porque há previsões constitucionais que vão de encontro à norma, senão vejamos:

LXI - ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

Assim, conforme esse entendimento, a Constituição Federal prevê como exceção as prisões nos casos de transgressão disciplinar militar. Não poderia uma lei infraconstitucional querer impedir que elas ocorram para os militares estaduais e do Distrito Federal.

Ora, se há previsões diversas do uso das prisões administrativas disciplinares para os militares, poderia uma lei ordinária modificar essa competência? Entendemos que não.

Dado o caráter sistemático da Carta Magna, não podemos fazer interpretações de maneira isolada; e, além da previsão do art. 5º, nós temos mais exemplos que colidem com a lei em estudo:

Art. 42 Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

§ 1º 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, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.

Trata-se das similaridades entre as Instituições Militares Federais e os militares Estaduais e do Distrito Federal, além da proibição expressa do uso do *Habeas Corpus* que denota clareza nas palavras do legislador Constituinte em incluir as transgressões disciplinares dos militares como meio legítimo de controle da hierarquia e da disciplina:

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.

(...)

§ 2º Não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares. (grifamos)

Se fizermos a leitura de todos os dispositivos constitucionais que tratam do assunto artigos 5º, LXI, 42, §1º, e 142, § 2º, 144, V, e §§ 5º e 6º, da Constituição Federal, concluímos pela inconstitucionalidade da lei em estudo.

8 CONCLUSÃO

Levando-se em consideração os aspectos estudados sobre o tema, entendemos que o *habeas corpus* é uma ação constitucional que garante e protege direitos fundamentais e, por certo, não pode ser vedado em absoluto, nem mesmo pela própria Constituição, devendo o Art. 5º, LXVIII, e o Art. 142, § 2º, conviverem harmoniosamente. No que tange à utilização do *habeas corpus* para fins de transgressões disciplinares, em que pese a existência de correntes distintas, entendemos que a legalidade e a higidez do processo não podem ficar à mercê do remédio constitucional, uma vez que a ausência de aplicabilidade de *habeas corpus* para sanar flagrante ilegalidade do processo disciplinar traria ampla aflição aos direitos fundamentais. Não parece ter sido a intenção do constituinte originário dar mais importância aos primados da hierarquia e

disciplina da tropa do que aos próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito.

Assim, a vedação constitucional da utilização do *Habeas Corpus* contra decisões em sede de transgressões disciplinares pode ser afastada quando há flagrante descumprimento dos preceitos do devido processo legal.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César de. *Curso de Direito Disciplinar Militar: da simples transgressão ao Processo Administrativo*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BULOS, Uadi Lammêgo. *Direito Constitucional ao alcance de todos* – 2. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2010.

CAMPANINI, João Carlos. *Estudos Avançados de Direito Militar* – 1. ed. São Paulo: Reedel, 2020.

CHAVES, Evaldo Corrêa. *Habeas Corpus na transgressão disciplinar militar*. São Paulo: RCN, 2002.

JÚNIOR, Jair Soares. O cabimento de *habeas corpus* nas transgressões disciplinares militares. *Revista da Defensoria Pública da União* – Brasília/DF. Edição n. 03, 2010.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 19. ed., São Paulo: Saraiva, 2015.

MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito Adimistrativo Disciplinar Militar e sua Processualidade*. Leme: Editora do Direito, 1996.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13. ed., São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Farlei Martins de. *Sansão Disciplinar Militar e Controle Jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2005.

Regulamentos disciplinares das Forças Armadas: imprescindibilidade de defesa técnica na apuração das transgressões

Cristiano Linhares

Policial Militar do Estado do Paraná. Especialista em Direito Público, Segurança Pública e Análise Criminal.

Data de recebimento: 30/04/2022

Data de aceitação: 20/05/2022

RESUMO: O estado democrático de direito exige de todos a submissão a legalidade. Os militares federais e estaduais – assim como as instituições a que estão inseridos –, muito embora se exija mais rigor na atividade e na apuração de fatos contrários à disciplina e à hierarquia, não estão à margem da legalidade, dos princípios gerais de direito e, sobretudo, das normas constitucionais. O Direito Disciplinar é um espaço ocupado pela fiel observância à lei. A interpretação de súmulas pela Administração Pública e em especial pela Militar, sem qualquer filtro, tem levado a decisões que padecem de legalidade, tolhendo direitos e, neste percurso, fazendo vítimas além de municiar os incautos para, sob os mais diversos pretextos, requerer a extinção dos militares, fato que não se pode admitir. Exigir dessas instituições o respeito às normas e,

principalmente, a presença de defensor técnico nos Processos Disciplinares é uma medida de justiça: necessária, urgente e que, de um modo ou de outro, pode prevenir que comandantes e chefes militares e, por consequência, as instituições, sejam, de modo infundado, acusados de violação de direitos.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Disciplinar Militar; direito sumular; defesa técnica; ampla defesa e contraditório; princípio da legalidade; disciplina e hierarquia; processo administrativo disciplinar.

ENGLISH

TITLE: Disciplinary regulations of the armed forces: imprescindibility of technical defense in the investigation of transgressions.

ABSTRACT: The democratic state of law requires submission to legality from everyone. The federal and state military – as well as the institutions to which they are inserted –, although more rigor is required in the activity and in the investigation of facts contrary to discipline and hierarchy, they are not outside legality, general principles of law and, above all, constitutional norms. The Disciplinary Law is a space occupied by the faithful observance of the law. The interpretation of precedents by the Public Administration and, in particular, by the Military, without any filter, has led to decisions that suffer from legality, withholding rights and, in this way, making victims in addition to equipping the unwary to, under the most diverse pretexts, request the extinction of the military, a fact that cannot be admitted. Demanding that these institutions respect the rules and, above all, the presence of a technical defender in Disciplinary Processes is a measure of justice: necessary, urgent and that, in one way or another, can prevent commanders and

military leaders from institutions, are unfoundedly accused of violating human rights.

KEYWORDS: Military Disciplinary Law; sumular right; technical defense; broad defense and contradictory; principle of legality; discipline and hierarchy; disciplinary administrative process.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 A legalidade como princípio e fim do direito administrativo disciplinar – 3 O processo administrativo disciplinar militar – 4 A contextualização da súmula vinculante nº 5 – 5 As punições disciplinares nas forças armadas – 5.1 Decreto nº 88.545/1983 – regulamento disciplinar para a Marinha – 5.2 Decreto nº 4.346/2002 – regulamento disciplinar do Exército – 5.3 Decreto nº 76.322/1975 – regulamento disciplinar da Aeronáutica – 6 As forças auxiliares e o advento da lei nº 13.967/2019 – prescindibilidade de defesa técnica pela espécie de punição disciplinar – 7 A imprescindibilidade da presença de defesa técnica nos procedimentos administrativos disciplinares das forças armadas – 8 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Mesmo depois de mais de uma década entre a publicação da Súmula Vinculante nº 5, pelo Supremo Tribunal Federal, e o posterior cancelamento da Súmula nº 343 do Superior Tribunal de Justiça, a prescindibilidade de Defesa Técnica nos Processos

Administrativos Disciplinares dos militares ainda suscitam dúvidas e divergências.

É da natureza das ciências jurídicas que norma ou decisão dividam os operadores do Direito. Não há aí uma falha, mas, sim, a composição silogística ou exegética da norma jurídica diante de um caso concreto. Eis, pois, a singularidade do Direito diante das demais ciências humanas.

O indivíduo que decide fazer do militarismo sua profissão deve estar ciente de que as limitações são muitas, de que as regras a ele impostas serão vistas, por incautos, como atos desumanos. É, em verdade, um dogma que somente os que têm certeza e caráter se dispõem a viver.

Sob a égide de rígidos regulamentos disciplinares, o militar pode, até mesmo, ter sua liberdade individual tolhida, fato que não ocorre com um servidor público civil, de modo que os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas (Marinha, Exército e Força Aérea) está para o militar assim como o Direito Penal está para o civil. Surge, inclusive, a indagação quanto à legalidade do modo e dispositivo utilizado para tal.

Compreender a legalidade ou ilegalidade dos Regulamentos Disciplinares é, somente, metade do caminho. É preciso desnudar a sua vinculação no Estado Democrático de Direito e, sobretudo, sua adequação à Lei Maior da República.

Nesse contexto é imprescindível vislumbrar a (in) aplicabilidade da Súmula Vinculante em apreço nos Processos Administrativos Disciplinares dos Militares sob pena de normalizar, em tese, uma aplicação descontextualizada e ilegal do verbete.

A irresignação frente ao tema forçou uma releitura dos Regulamentos Disciplinares tendo por paradigma a Constituição Federal e os limites que a Lex Legum impõe a todos em uma sociedade que adota o Estado Democrático de Direito como regra de fé e prática.

O presente estudo se desenvolve em seis esferas distintas, mas intercambiáveis em cada qual e *conditio sine quae non* para as demais, a saber: (a) o Direito Administrativo Disciplinar, em especial o militar, está vinculado ao princípio da legalidade? (b) é prudente que se deixe a cargo do militar ou de outrem sem habilitação técnica sua defesa no Processo Administrativo Disciplinar em face da sua complexidade? (c) qual o contexto fático, valorativo e normativo que deu a edição da Súmula Vinculante nº 5? (d) a natureza constrictiva da liberdade de ir e vir de algumas punições disciplinares dos Regulamentos Disciplinares das FFAA; (e) as Forças Auxiliares e as punições disciplinares em face da Lei nº 13.967/2019; (f) a imprescindibilidade de defesa técnica nos Processos

Administrativos Disciplinares dos Militares das Forças Armadas e a Prescindibilidade no que concerne às Forças Auxiliares.

2 A LEGALIDADE COMO PRINCÍPIO E FIM DO DIREITO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

Não são obscuras as definições doutrinárias acerca dos princípios que, cada qual ao seu modo, se complementam e se traduzem nos fundamentos legais e de formação de um Estado.

Pela natureza administrativa disciplinar deste trabalho, é coerente que a definição seja, por óbvio, de um administrativista, que, neste caso, é Celso Antônio Bandeira de Mello, para quem:

Princípio é, pois, por definição, mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a tônica que lhe dá sentido harmônico". Eis porque: "violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu

arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra. (MELLO, 2015, p. 54)

É um fato que a Administração Pública, como um todo, tem na Constituição seus fundamentos de validade e de existência. Isso faz com que ela (Administração Pública) seja inserida em um sistema complexo e capilar cujas atividades se espraiam e, não raras as vezes, colidem; e essa colisão é o momento em que as normas que regem a administração devem ter um enfoque que a afaste de um direito fordista.

Dizer que o Direito Administrativo deve quedar-se aos princípios explícitos e implícitos da Constituição Federal e de outras normas infraconstitucionais não parece exigir maiores digressões. Entretanto, quando se avança sobre as questões disciplinares e a aplicação das punições, ao menos de soslaio, algumas vezes buscam distorcer a ordem natural e legal das normas como se, em vez de um poder-dever, houvesse somente um “dever-dever” de punição. Neste descabro punitivista, direitos fundamentais são mitigados; provas são ignoradas; elementos simplistas, adequados e necessários a todos, como a ampla defesa e o contraditório, têm sua aplicabilidade reduzida.

O ilícito administrativo deve sim ser apurado e, se comprovada a infração, punido com os rigores da lei, mas isso não dá ao Direito Disciplinar um *status* de, por analogia, ser um Direito “Administrativo” do Inimigo. A caserna, por certo, não

está livre daqueles que, ao revés do que se espera, infringem normas disciplinares e, nesse sentido, é um poder-dever de a Administração Castrense impor sanções ao infrator, mas, como já afirmado, deve-se seguir a legalidade sob pena de mácula da ordem e, sobretudo, do próprio caráter educativo da punição. Maior rigor não implica em menos direito e tampouco em menos tecnicidade na apuração.

Ocorre, porém, que há quem pense diferente e veja nos ilícitos administrativos um espaço de poder não ocupado pelo Estado, um verdadeiro vácuo normativo, no qual o Administrador pode tudo contra todos. Esquecem-se, contudo, de que essa é a definição de um Estado autocrático, o qual passa ao largo da democracia.

Loureiro Neto, por exemplo, defende um espaço autônomo de poder em que a conduta do agente infrator não se enquadraria em elementos típicos, necessários a quaisquer infrações (penais, cíveis ou administrativas), quais sejam eles: dolo ou culpa. De modo que, para o autor, o elemento subjetivo da conduta seria a voluntariedade do agente:

O ilícito administrativo [...], não está sujeito ao princípio da legalidade, pois seus dispositivos são até imprecisos, flexíveis, permitido à autoridade militar maior discricionariedade no apreciar o comportamento do subordinado [...] (LOUREIRO NETO, 2010, p. 10)

Em sentido contrário, doutrinadores como Jorge César de Assis, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e José Afonso da Silva, veem, no Direito Administrativo, mais um ramo do Direito Público e, como tal, subserviente aos princípios e regras constitucionais, os quais, como de conhecimento amplo, são a expressão da vontade do Estado e, deste modo, da própria sociedade que o compõe.

Jorge César de Assis (2013, p.28), ao discorrer sobre a peculiaridade da vida castrense, ensina que muito embora a vida militar, como um todo, seja recoberta de peculiaridades, não está fora da esfera de regulação jurídica, ou seja da lei, não havendo espaço para pensamento diferente.

A sociedade militar é peculiar; Possui *modus vivendi* próprio; Todavia, submete-se aos princípios gerais do direito, amoldando-se ao ordenamento jurídico nacional; pode e deve ser submetida ao controle judicial do qual a ninguém é dado furtar-se.(ASSIS, 2013, p.28)

Aliás, a lição do doutrinador vai ao encontro do ordenamento pátrio, conforme se infere do art. 142 da Constituição Federal de 1988, combinado como o art. 2º da Lei nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares), que, em parco resumo, define que as Forças Armadas – e por força do art. 144, § 6º, as Forças Auxiliares –, são instituições permanentes e regulares, e

cabe a elas, entre outras missões, a defesa da lei e dentro dos limites da lei:

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.

Art. 144. [...]

§ 6º **As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército** subordinam-se, juntamente com as polícias civis e as polícias penais estaduais e distrital, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios. (BRASIL, 1988)

Art. 2º **As Forças Armadas**, essenciais à execução da política de segurança nacional, são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, e **destinam-se a defender** a Pátria e a garantir os poderes constituídos, **a lei** e a ordem. São instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e **dentro dos limites da lei**. (BRASIL, 1980) (destacamos)

Em continuada missão exegética, Assis (2013, p. 30) afirma que as Forças Armadas são garantidoras do princípio da soberania (art. 1º, inc. I da CRFB/88) de modo que, citando Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, define esta como:

[...] o complexo de poderes que forma uma nação politicamente organizada; propriedade que tem um Estado de ser uma ordem suprema que não deve a sua validade a nenhuma ordem superior.

José Afonso da Silva (1988, p.737-738), *apud* Assis (2013, p. 31), leciona que a “concessão, as Forças Armadas, como instituições nacionais é o reconhecimento e vínculo a própria vida do Estado”. Arremata Di Pietro (2020, p. 681- 682) que o “Estado é pessoa jurídica e que, como tal, não dispõe de vontade própria, ele atua sempre por meio de pessoas físicas, a saber os agentes públicos”. Segue a ilustre administrativista dizendo que órgão público é “uma unidade que congrega atribuições exercidas pelos agentes públicos que o integram com o objetivo de expressar a vontade do Estado”.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, com as alterações dadas pela EC nº 18/98, estipularam quatro categorias de agentes públicos, a saber: (a) agentes políticos; (b) servidores públicos; (c) militares; e (d) particulares em colaboração com o Poder Público (DI PIETRO, 2020, p. 687).

Leciona Di Pietro (2020, p.65) que:

[..] Administração é a atividade do que não é senhor absoluto. Tanto na Administração Privada, como na Pública, há uma atividade pendente de uma vontade externa, individual ou

coletiva, vinculada ao princípio da finalidade; [...] na Administração Pública a vontade decorre da lei [...].

Vale dizer que o Estado Administração encontra na lei seus fundamentos de validade e, por certo, seus limites de atuação, de modo que a vontade está condicionada ao princípio constitucional da legalidade, em sentido estrito; afasta-se, assim, a ideia de uma apuração de ilícito que seja ou esteja condicionada à mera discricionariedade da autoridade.

É de bom alvitre destacar que os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas trazem, em seu bojo, um rol taxativo de infrações que possa, mormente, pôr em risco a hierarquia e a disciplina. Por óbvio que a forma de descrever os tipos infracionais, por meio de Decreto, dá as autoridades superiores certa margem de liberdade para inclusão ou exclusão de condutas de modo mais célere; evitando, deste modo, celeumas pontuais e com intuitos diversos, mas, como sobredito, tendo por limítrofe a hierarquia das leis e seus princípios.

Neste sentido, já houve discussões jurídicas sobre a (im) possibilidade de tais regulamentos serem disciplinados por meio de Decretos – fato amplamente discutido por Jorge Cesar de

Assis¹ – por força da interpretação do art. 5º, LXI – parte final – da Constituição Federal de 1988 “definidos em lei”.

Quem defende que os Regulamentos Disciplinares Militares devam ser fixados por lei em sentido estrito, ou seja, por meio de Lei Ordinária ou Complementar, busca interpretar a Constituição e as leis infraconstitucionais de modo fraturado, em pedaços, em pequenas tiras.

Quanto a isso, impele-se trazer à baila o memorável voto do Eminentíssimo Ministro Eros Grau, por ocasião do julgamento da ADI 3685-8/DF:

Ademais, **não se interpreta a Constituição em tiras**, aos pedaços. Tenho insistido em que a interpretação do direito é interpretação do direito, não de textos isolados, desprendidos do direito. **Não se interpreta textos de direito, isoladamente, mas sim o direito** --- a Constituição --- **no seu todo**. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006, p. 231) (negrito nosso)

Nas palavras de Jorge César de Assis (2013, p.120), as “ilações”, neste sentido, desconsideram o contexto normativo e a própria estrutura hierárquica das Forças Armadas e Forças Auxiliares, dado que aquelas estão subordinadas, diretamente, ao Presidente da República e estas, aos Governadores de Estado

¹ ASSIS, Jorge César de. *Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. 4. ed., Curitiba: Juruá, 2013, p. 95-138.

e do Distrito Federal a quem cabe regular as atividades dos militares.

De modo que não é outra a dicção do art. 42, *caput*, do Estatuto dos Militares que faculta a disposição de infrações disciplinares por lei ou regulamento específico:

Art. 42. A violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específicas. (BRASIL, 1980)

Por óbvio se a Administração Militar é parte integrante e indissociável do Estado, sujeita às mesmas limitações e regras legais, e, desta forma, à hierarquia e à disciplina, compete, portanto, ao Presidente da República e, nos casos dos Estados e do Distrito Federal, aos Governadores definir e descrever, com base na lei, quais são as transgressões e quais as possíveis punições, por meio do ato administrativo competente. Di Pietro (2020, p. 205-240) descreve ato administrativo como:

[...] decretos, portarias, resoluções, regimentos, de efeitos gerais e abstratos [...] oriundos dos atos individuais do Chefe do Poder Executivo. Ele pode conter, da mesma forma que a lei, regras gerais e abstratas [...] que quando comparados a lei, em sentido estrito, é derivado, pois permite explicitar a forma de execução da lei.

É de se compreender, portanto, que o Direito Disciplinar Militar, no sentido material e formal, deve, necessariamente, ter a legalidade como regra de fé e prática, e que, independentemente se fixado por lei ou decreto, tenha seus fundamentos de validade, existência e aplicabilidade em conformidade com os princípios e o ordenamento jurídico nacional.

3 O PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR MILITAR

É possível reduzir o conceito de Processo Administrativo como “uma série de atos concatenados e praticados extrajudicialmente pelas partes, em contraposição tendentes a um ato administrativo final dependente dos anteriores”(COUTO, 2020, p. 206). Ou seja:

[...] se apresenta como a última etapa na busca do método mais adequado para assegurar, com paz e justiça, a estabilidade da ordem jurídica, e o mais satisfatório para preservar e reestabelecer a razão do que tem razão. (ALVIM, 2022, p.11)

A ótica e a essência dos Processos Administrativos Disciplinares, dê-se a eles *nome iuris* que se deseje², é que devem seguir uma sequência lógica, ou seja, do momento em que a autoridade determina a apuração de um fato, supostamente contrário à norma disciplinar, o encarregado passa a ser obrigado a seguir uma série de passos para, ao final, relatar o processo.

É de conhecimento comum, entretanto, que, no seio militar, dá-se preferencia à apuração de infrações disciplinares a profissionais que possuam conhecimento jurídico adequado, seja por formação acadêmica, seja por formação nos cursos internos de Justiça e Disciplina, o que, por certo, capacita tais profissionais a agirem dentro das regras processuais, mas percebe-se que a expressão é preferencialmente e não necessariamente; podendo ocorrer que tal missão recaia em profissional sem esses fundamentais conhecimentos.

Nem sempre, como aventam alguns, a apuração de um fato que afete a hierarquia e a disciplina, por meio do Processo Disciplinar, é de fácil comprovação. Ainda mais se forem consideradas as questões subjetivas da conduta. Os próprios regulamentos são um campo minado, como é facilmente perceptível, se forem analisados, em ordem de antiguidade, o Regulamento Disciplinar para a Marinha, o Regulamento

² Procedimento Administrativo, Formulário de Apuração etc.

Disciplinar do Exército e o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica³, nos artigos 6º, 14 e 8º, respectivamente. Enquanto o RDM e o RDAER estabelecem que as infrações podem ser cometidas dolosa ou culposamente, o RDE, por sua vez exige que a conduta seja dolosa:

Art . 6º - Contravenção Disciplinar é toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estatuídos nas leis, nos regulamentos, nas normas e nas disposições em vigor que fundamentam a Organização Militar, desde que não incidindo no que é capitulado pelo Código Penal Militar como crime. (BRASIL, 1983) (destacamos)

Art. 14. **Transgressão disciplinar é toda ação** praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe. (BRASIL, 2002) (destacamos)

Art. 8º **Transgressão disciplinar é toda ação ou omissão contrária ao dever militar**, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento. Distingue-se do crime militar que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar. (BRASIL, 1975)(destacamos)

Como exigir de um profissional não afeito às ciências jurídicas que, tecnicamente, diferencie o dolo da culpa do agente submetido à apuração quando, como hialino, até entre os

³ Usado o termo disposto no Decreto nº 73.622/1975 – Muito embora, hoje seja nominalmente conhecida por Força Aérea Brasileira.

maiores doutrinadores que estudam tais elementos, há divergência⁴. Não se pode deixar ao sabor das marés a liberdade individual de quem quer que seja, pelo meio ou processo que seja, não é, pois, medida de justiça.

Trata-se de elementos que carecem de uma análise mais pormenorizada, técnica, com fundamento na doutrina e na jurisprudência, de modo que possa, o encarregado, fazer a subsunção do fato imputado como ilícito à norma disciplinar, de pois tais constatações têm um caráter subjetivo e podem privar o militar da liberdade de ir e vir.

4 A CONTEXTUALIZAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE Nº 5

Fruto da Emenda Constitucional nº 45/2004, art. 103-A da Constituição Federal de 1988, as Súmulas têm por mister, conforme o § 1º, dar validade, interpretação e eficácia a normas sobre as quais recaiam controvérsias entre órgãos judiciários, ou entre esses e a administração pública.

Jansen (2005, p. 226) leciona que a ideia não é nova como querem crer alguns, aliás, o tema, com outra roupagem, preponderou “sob a égide do Ato Institucional nº 5/1968, com a

⁴ Veja-se a discussão, por exemplo, sobre a teoria do domínio do fato ou, ainda, sobre o dolo eventual nos homicídios no ambiente de trânsito.

Emenda Constitucional nº 7/1977, ficou alterada a alínea ‘I’, do art. 119, I, do texto constitucional vigente”. De modo que competia ao Supremo Tribunal Federal interpretar normas e leis Federais e Estaduais, após representação do Procurador-Geral da República, sendo que a vinculação se dava por exegese do Regimento Interno daquela Corte.

Assim a “Lei 9.756/1998, ainda na direção da atribuição de eficácia quase normativa às súmulas e à jurisprudência dos tribunais, promoveu” alterações substâncias em diversos dispositivos, de modo que é de se inferir que:

[...] as súmulas e a jurisprudência dos tribunais, utilizadas como referência para julgamentos, não é uma novidade no universo jurídico pátrio, de modo que se compreenda a atividade jurisdicional como verdadeira criadora do Direito. (JANSEN, 2015, p. 227)

Ocorre, entretanto, que compete ao operador do direito, diante de um caso concreto, passar ao lado de posicionamentos mecanicistas e autômatos. Urge a ele fazer um silogismo lógico entre o fato apurado e a norma disponível⁵. É necessário olhar todo o contexto fático normativo por outros prismas para que, então, se vislumbre a verdade dos fatos.

⁵ Inclua-se como norma a interpretação cega do Direito Sumular.

A Súmula Vinculante nº 5, usada e abusada por muitos, no entanto, não está descontextualizada, ao contrário, possui uma razão, forma, finalidade e fundamento de existência.

O fato que deu ensejo à proposição do verbete, por óbvio, foi o caso derradeiro entre tantos que versavam sobre o mesmo tema.

O Recurso Especial nº 443.059-3/DF, que teve por Relator o Ministro Gilmar Mendes, versava sobre caso concreto de servidora do INSS, acusada de ter “agido por desídia, valer-se do cargo para proveito de outrem e improbidade administrativa” (DIOU nº 135 , 2000, s. 2, p. 9). Foi demitida a bem do serviço público. Recorreu da decisão e obteve liminar do Superior Tribunal de Justiça para que fosse reintegrada ao cargo, fato que fez com que a União e o Instituto Nacional de Seguridade Social se insurgissem do *decisum*. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008, p. 737)

Diante do caso concreto o Eminentíssimo Relator se manifestou no sentido de que, na espécie, foram disponibilizados e garantidos à recorrida: (a) a informação; (b) a manifestação; e (c) a consideração dos argumentos manifestados, de modo que naquele caso foi oportunizada a plenitude de defesa:

Na espécie, o único elemento apontado pelo acórdão recorrido como incompatível com o

direito de ampla defesa consiste na ausência de defesa técnica na instrução do processo administrativo disciplinar em questão.

Ora, se devidamente garantido o direito (i) à informação, (ii) à manifestação e (iii) à consideração dos argumentos manifestados, a ampla defesa foi exercida em sua plenitude, inexistindo ofensa ao art. 5º, LV, da Constituição Federal.

Por si só, a ausência de advogado constituído ou defensor dativo com habilitação não importa nulidade de processo administrativo disciplinar, como já decidiu este STF. (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008, p. 739)

Oriundo de diversas decisões monocráticas, o posicionamento da Corte Constitucional era pacífico sobre o tema. Ocorre, contudo, que se deve destacar a frase do Relator, no início do voto, quando se refere a “espécie”, pois versava sobre um caso concreto.

Aliás, de lavra também do Ministro Gilmar Mendes, há o relatório no RE nº 398.269/RS, que traz um novo prisma sob a imprescindibilidade de defesa técnica em processo administrativo disciplinar quando se está em jogo a “liberdade de ir e vir”. Vejamos o excerto do voto:

Todavia, esse Enunciado é aplicável apenas em procedimentos de natureza cível.

Em procedimento administrativo disciplinar, instaurado para apurar o cometimento de falta grave por réu condenado, tendo em vista estar em jogo a liberdade de ir e vir, deve ser observado amplamente o princípio do contraditório, com a presença de advogado

constituído ou defensor público nomeado, devendo ser-lhe apresentada defesa [...].

Esta corte já se defrontou com a errônea aplicação da Súmula Vinculante nº 5 para convalidar procedimento administrativo disciplinar com a finalidade [...]. É verdade que se conta apenas com decisões monocráticas, formalizadas em exame de pleitos liminares indeferidos, por ter-se entendido com ausente o requisito do *periculum in mora*. Todavia, esclarece bem a natureza do Enunciado. Transcrevo trechos das referidas decisões;

7. Na espécie em foco, a Reclamante afirma ser indevida a aplicação da súmula vinculante nº 5 ao caso:

Em efeito, a simples leitura dos precedentes utilizados na elaboração da Súmula Vinculante nº 5 evidencia a ausência de identidade ente a natureza das sanções resultantes dos procedimentos administrativos neles tratados (previdenciário: RE 434.059, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 11.9.2008; fiscal: AI 207.197-AgR, Rel. Min. Octavio Galloti, DJ 5.6.1998; disciplinar estatutário/militar RE 244.027-AgR, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ 28.6.2002; e em tomada de contas: MS 24.961, disciplinar para apuração de falta grave no âmbito da execução penal, donde a densa plausibilidade nas alegações da Reclamante.

Essa circunstância é realçada pelo precedente referido na petição inicial (HC 77.862), no qual o eminente Ministro Sepúlveda Pertence, ao proferir seu voto naquele julgamento, **afirma que eventual condenação advinda da jurisdição disciplinar instaurada para apuração de falta grave imputada ao condenado à pena privativa de liberdade resultaria em verdadeira sanção penal**, considerada, especialmente, a perda da remição. “E para imposição de sanção penal,” - (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009) advertiu Sua Excelência, acompanhando a maioria formada na ocasião – “acho

absolutamente coerente com os princípios constitucionais a exigência de defesa técnica”. (Rcl 8.827, Min. Cármen Lúcia, monocrática, DJ) [...] (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009, pp. 1532 - 1537) (destacamos)

Demos preferencial ênfase na decisão do RE 244.027 – AgR, o qual teve como Relatora a Ministra Ellen Gracie, pela natureza da inicial, que versava sobre Policial Militar Bandeirante afastado da frequência do Curso de Formação de Oficiais, o qual, após decisão do TJ de São Paulo, retornou ao *status quo ante*, ou seja, conforme se observa da decisão publicada no DJ número 31 de 18 de fevereiro de 2002, a “punição” sequer foi a demissão, mas, somente a reversão:

DESPACHO: Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça de São Paulo que considerou correta a punição aplicada a policial militar (desligamento do Curso de Formação de Oficiais), afastando a alegação de ofensa ao princípio da ampla defesa (art. 5º, LV, da Constituição Federal), por entender ser desnecessária a presença de defensor, “face à simplicidade do caso e ao fato de se tratar de uma questão ‘interna corporis’, que não envolvia a perda do cargo nem da função pública, mas, tão só, o impedimento à conclusão do curso de oficiais” (fls. 324).

Sustenta o recorrente que a ausência de defesa técnica ofende o art. 5º, LV, da CF, sendo, por isso, inválido o processo administrativo em que não se fez representar por advogado. [...].

No mesmo sentido, o AG 239.029, Rel. Min. Marco Aurélio, DJ de 20.05.99.(SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2001) (destaque nosso)

Aduz-se que todos os procedimentos que deram origem à Súmula Vinculante nº 5, de ordem cível, e administrativa em sentido estrito, estão sob o apanágio do verbete. Ocorre, contudo que a Excelsa Corte Constitucional deixou hialina a posição de que, em estando a liberdade do indivíduo em jogo, não há de se falar em ausência de defesa técnica.

5 AS PUNIÇÕES DISCIPLINARES NAS FORÇAS ARMADAS

Por respeito às tradições militares, a análise dos Regulamentos Disciplinares se dará da força mais antiga para a mais moderna, desconsiderando a edição do Regulamento, de modo que, como se sabe, a ordem é: (a) Marinha do Brasil (Decreto nº 88.545/1983); (b) Exército Brasileiro (Decreto nº 4.346/2002); e (d) Força Aérea Brasileira (Decreto nº 76.322/1975).

5.1 Decreto nº 88.545/1983 – regulamento disciplinar para a Marinha

O Regulamento para a Marinha é, entre os três regulamentos citados, o que mais se diferencia em sua redação

trazendo consigo termos próprios afeitos às coisas do mar e suas tradições navais, as quais atravessam séculos.

Muito embora o RDM tenha sofrido alterações legislativas pontuais, em 1986, 1987 e 1993 (Decretos 93.665/86, 94.387/87 e 1.011/93), em pouco, ou quase nada se alterou sua redação. A redação do art. 1º, por exemplo, traz como sinônimo de transgressão disciplinar o termo “contravenções disciplinares” o que, per si, não atrai material ou processualmente as definições da Lei nº 9.099/95. Devem ser, para fins de aplicação da norma, entendidas como expressões unívocas tanto a infração como a transgressão disciplinar.

Aduz-se do art. 6º do Decreto que as “contravenções disciplinares” na Marinha do Brasil podem ser cometidas dolosa ou culposamente, visto que a redação é objetiva em descrever as condutas:

Art . 6º - Contravenção Disciplinar é toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estatuídos nas leis, nos regulamentos, nas normas e nas disposições em vigor que fundamentam a Organização Militar, desde que não incidindo no que é capitulado pelo Código Penal Militar como crime. (BRASIL, 1983)

Infere-se do art. 14 que as “penas disciplinares” se dividem de acordo com a gravidade da ação ou omissão do militar da Marinha e seus postos e graduações. As prisões

(simples e rigorosa) são de até 10 dias e o impedimento, de até 30 dias.

Insta destacar a natureza das punições para a devida compreensão:

(a) Impedimento disciplinar: é a obrigação de o militar permanecer na OM, sem prejuízo de qualquer serviço, conforme o art. 22, não resta no impedimento o cerceamento da liberdade em sentido estrito, considerando que a atividade militar é de dedicação exclusiva e, em outras circunstâncias tais como Planos de Chamada e, no caso dos Militares da Marinha, é da própria natureza do homem embarcado ficar em Condições de Empregabilidade pelo tempo que durar a missão;

(b) A prisão simples, por sua vez limita os militares (Oficiais, Praças Especiais e Praças em geral) ao recolhimento destes a OM, ou outro local determinado, sem prejuízo do serviço interno que lhe couber, assemelhando-se, em muito, ao impedimento, conforme art. 24;

(c) A Prisão rigorosa, por sua vez, consiste no recolhimento de Oficiais, Suboficiais e Sargentos aos recintos que forem destinados ao uso do círculo

hierárquico, já as praças em geral serão recolhidas à prisão fechada, conforme o art. 25.

5.2 Decreto nº 4.346/2002 – regulamento disciplinar do Exército

A força terrestre possui o mais moderno entre os Regulamentos Disciplinares. Editado pós Constituição de 1988, o Decreto nº 4.346/2002 revogou o então Decreto nº 90.608/1984. Coadunando com os princípios constitucionais, buscou o legislador dar ares de proteção à hierarquia e à disciplina, mas, também previu metodologia recursal e recompensas aos militares do Exército.

Infere-se do art. 1º que a finalidade do R-4 é especificar as transgressões disciplinares e estabelecer normas relativas a punições disciplinares; e, também, estabelecer o comportamento das praças, os recursos inerentes, as punições e as recompensas possíveis.

No art. 14 do Regulamento Disciplinar do Exército, diferentemente do Regulamento da Armada, as transgressões disciplinares ocorrem somente dolosamente, não há que se falar em analogia, pois deve estar sob o paradigma da estrita legalidade:

Art. 14. **Transgressão disciplinar é toda ação** praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe. (BRASIL, 2002) (destacamos)

Aduz-se, portanto, que até mesmo a transgressão mais elementar do RDE deve, necessariamente, estar demonstrada como a vontade consciente do agente sob escrutínio em cometer o ilícito administrativo sob pena de nulidade do procedimento administrativo disciplinar e, por conseguinte, a sua punição.

O art. 24 do Decreto nº 4.346/2002 é taxativo quanto à gravidade e exasperação das punições disciplinares, ao dispor sobre os tipos de punição a que se submetem o militar do Exército e algumas Polícias Militares, a saber: I – advertência; II – impedimento disciplinar; III – repreensão; IV – detenção disciplinar; V – prisão disciplinar; e VI – licenciamento e exclusão a bem da disciplina. Diferentemente do RDM, as punições de prisão e impedimento disciplinar podem chegar a 30 dias de prisão disciplinar.

Para fins deste trabalho interessa apenas a punição de prisão, dado que tolhe a liberdade de ir e vir do indivíduo. Ela está disposta no art. 29 do diploma em comento:

Art. 29. Prisão disciplinar consiste na obrigação de o punido disciplinarmente permanecer em local próprio e designado para tal.

§ 1º Os militares de círculos hierárquicos diferentes não poderão ficar presos na mesma dependência.

§ 2º O **comandante designará o local de prisão** de oficiais, no quartelamento, e dos militares, nos estacionamentos e marchas.

§ 3º **Os presos** que já estiverem passíveis de serem licenciados ou excluídos a bem da disciplina, os que estiverem à disposição da justiça e os condenados pela Justiça Militar deverão ficar em prisão separada dos demais presos disciplinares. (BRASIL, 2002) (destaque nosso)

Valiosa é a lição de Assis (2013, p. 191) quando demonstra outro tipo de prisão a que chama de cautelar, com fundamento no art. 35, § 3º do RDE, momento em que o militar que transgride a hierarquia e a disciplina:

[...] poderá ser preso disciplinarmente por prazo não ultrapasse setenta e duas horas, se necessário para a preservação do decoro da classe ou houver necessidade de pronta intervenção. Esta prisão independe do julgamento da transgressão cometida [...].

5.3 Decreto nº 76.322/1975 – regulamento disciplinar da Aeronáutica

Na mesma linha do Regulamento Disciplinar para a Marinha, o RDAER, conforme se extrai do art. 8º, pune

transgressões cometidas dolosa e culposamente, distinguindo, no entanto, as transgressões dos crimes militares:

Art. 8º Transgressão disciplinar é toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento. Distingue-se do crime militar que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar. (BRASIL, 1975) (destacamos)

O princípio da consunção do art. 9º do RDAER coaduna em gênero e grau com o disposto no art. 14,§ 1º do RDE, e art. 9º do RDM, de modo que, no caso em que a infração disciplinar for de mesma natureza que os crimes, estes absorvem aquela.

As punições, nos mesmos moldes do RDE, punem os militares, de acordo com o art. 15 com: (a) repreensão, (b) detenção, (c) prisão, (d) licenciamento a bem da disciplina e (e) exclusão a bem da disciplina. O parágrafo único do art. 15 cria ainda a figura da prisão em separado, a qual, segundo o número 4 do art. 23, o militar deverá ser recolhido “a local em separado e compatível com seu posto ou graduação, e de acordo com o que for aplicável nos números 1, 2 e 3 do art. 21” (BRASIL, 1975).

A remissão ao art. 21 é fundamental para se compreender os tipos de prisão aplicáveis na espécie, gravidade e posto ou graduação do militar sob análise:

Art. 21. A prisão consiste na reclusão do transgressor em local apropriado e que, a juízo do comandante, poderá ser:

1 - **para oficial e aspirante-a-oficial - residência do transgressor**, quando a punição não for superior a 48 horas, quarto, dependência da Organização ou local equivalente;

2 - para cadete, suboficial, sargento e demais alunos - quarto, alojamento ou local equivalente;

3 - para cabo, soldado e taifeiro - alojamento ou compartimento fechado denominado xadrez.(BRASIL, 1975) (destaque nosso)

Percebe-se que as punições, escopo da análise, tolhem a liberdade de ir e vir dos indivíduos militares.

6 AS FORÇAS AUXILIARES E O ADVENTO DA LEI Nº 13.967/2019 – PRESCINDIBILIDADE DE DEFESA TÉCNICA PELA ESPÉCIE DE PUNIÇÃO DISCIPLINAR

Fruto de promessas políticas e, sobretudo, por um populismo inadequado diante dos profissionais das Polícias e Bombeiros Militares do Brasil, a Câmara dos Deputados levou a efeito o PL nº 7.645/2014, cujas justificativas passam ao largo de uma eficaz e eficiente legislação, com ausência, inclusive, de prazo razoável para que as forças estaduais se adaptassem ao novo texto normativo. Houve, como se observou, uma verdadeira afronta à hierarquia e à disciplina.

As alterações impostas pela Lei nº 13.967/2019 ao Decreto-Lei nº 667/1969, com nova redação dada ao art. 18, veda as medidas privativas da liberdade.

Por certo que algumas das transgressões disciplinares dos RDPMs e no RDE – utilizados por algumas PMs e BMs do Brasil – não teriam razão de existir em relação às forças auxiliares, de modo que a peculiaridade da atividade policial-militar e a falta de critérios subjetivos por alguns podem trazer transtornos ao Policial Militar.

Não se pode olvidar, por exemplo, que atualmente onde a vitimização policial transpassa a normalidade, a infração ao item 83 do anexo I do RDE é questão de sobrevivência, sendo, portanto, inexigível do Policial Militar.

Ocorre, entretanto, que compete a cada unidade da federação, sob orientação de cada Polícia e Bombeiro Militar, por meio de seus comandantes, definir cada peculiaridade de suas forças, levando-se em conta as características ímpares de um país de dimensões continentais.

Por hora, é certo que as punições privativas de liberdade de policiais militares, decorrentes de ilícitos administrativos, estão em suspenso, visto que se encontra no Supremo Tribunal Federal a ADI nº 6.663, que questiona a constitucionalidade formal e material da Lei nº 13.967/2019.

Indiscutível é que a ausência de penas que privem a liberdade dos policiais e bombeiros militares criou uma corrida adaptativa da norma para aqueles que infringem a legislação administrativa disciplinar. Por certo, caso decida a Excelsa Suprema Corte Federal acerca da inconstitucionalidade da norma, os Estados, decerto, deverão produzir, cada qual, seu próprio regulamento disciplinar, afastando-se do Regulamento Disciplinar do Exército, por ser medida de justiça.

Neste sentido, não há discussão, ao menos enquanto não se julga a ADI em comento, que é prescindível a defesa técnica nos Processos Administrativos Disciplinares das Polícias e Bombeiros Militares, pois, por hora, não há risco de que esses profissionais tenham sua liberdade individual tolhida em face de um Processo Disciplinar, cabendo, a cada Organização PM e BM adequarem suas punições em face de ilícitos administrativos.

7 A IMPRESCINDIBILIDADE DA PRESENÇA DE DEFESA TÉCNICA NOS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DISCIPLINARES DAS FORÇAS ARMADAS

É certo que a aplicação das punições disciplinares que resultem em segregação pessoal do militar, com exceção da

“prisão cautelar” já referida, só se dá ao final do Processo Administrativo Militar; de modo que, por silogismo ao Direito Processual Penal Militar, ou Comum, infere-se na Execução da Sentença.

Conquanto uma apuração disciplinar, na esfera do servidor público civil, possa ter, como resultado, sua suspensão ou até mesmo demissão, por certo não está em jogo sua liberdade, de modo que não se avente, ao menos na esfera administrativa, que seja tolhido seu direito de ir e vir. Nos casos de militares, não é verdadeira a premissa.

Muito embora o militar possa apresentar razões de defesa de próprio punho, não se pode olvidar, por exemplo, que desconheça que algumas provas podem padecer de vício sendo consideradas ilegais (fruto da árvore envenenada) e que, por atecnia, deixe de considerar tal fato.

Pode-se, em tese, aventar que o militar que, mesmo depois de punido, possa ter sua punição cancelada e seus registros apagados, mas e a sua liberdade?

É fato que a mácula da prisão e seus estigmas são carregados com aquele que teve sua liberdade cerceada por qualquer modo; o que se dirá daqueles que injustamente foram postos a ferros? Aliás, uma justiça mal feita não passa de injustiça.

A presença de um defensor técnico garante a ampla defesa e o contraditório, garantindo que o militar, se punido, tenha exercido seus direitos em amplitude, quiçá em plenitude. De outro mote, é de se observar que a presença de advogado nos casos de Processos Administrativos Disciplinares garante, inclusive, ao encarregado e a autoridade delegante uma garantia a mais quanto a possíveis máculas oriundas da Lei nº 13.869/2019. É o advogado, a bem da verdade, um garante tanto ao acusado quanto ao acusador que, por imperícia, imprudência ou negligência, possa ter sido levado a erro na apuração.

Como já assentado, não parece razoável aplicar a Súmula Vinculante nº 5 nos Processos Administrativos Disciplinares que envolvam militares, ativos ou inativos, das Forças Armadas, sob pena de inversão da ordem jurídica e do cometimento de injustiça. Não se pode, sob qualquer auspício, lançar mão de uma pretensa celeridade em desfavor da técnica e da garantia constitucional do militar, sob risco iminente de, aí sim, corromper a hierarquia e a disciplina, pois se está fora dos ditames legais.

8 CONCLUSÃO

A carreira militar é, sem dúvidas, uma das mais complexas, seja pelo objeto, seja pelo comprometimento

exigido, seja pela incompreensão por parcela da sociedade. Esquecem muitos que o militar, Oficial ou Praça, antes de qualquer denominação hierárquica, representa um extrato social, inserido em um meio profissional, de modo que carrega consigo todas as virtudes e vícios do mundo civil.

Esses vícios, no contexto das Forças Armadas e Forças Auxiliares, são perniciosos, pois põem em risco a disciplina e a hierarquia, princípios essenciais a existência das instituições militares.

Regular os comportamentos é fundamental, necessário e obrigatório. Não significa, entretanto, um espaço livre de controle e de submissão aos princípios constitucionais regentes, em principal o da legalidade em sentido estrito.

O processo e as punições não têm acolhida na doutrina e não resistem à mera leitura da lei. Não há, portanto, que se falar que os Decretos que criam os Regulamentos padecem de ilegalidade, pois, conforme demonstrado, é uma liberdade que o legislador conferiu ao Executivo de escolher o instrumento que regule as apurações e punições no âmbito militar.

Mas há de se considerar que essa “liberdade” é condicionada aos ditames dos princípios e normas superiores, em principal da Constituição Federal, à qual todos devem obediência.

Aliás, a submissão ao princípio da legalidade não pode e não deve ser mitigada, ou ignorada, pois é fonte primeira da existência do Estado e, por consequência, dos seus órgãos. Qualquer afirmação em sentido contrário revela que há, ainda hoje, muito a se aprender sobre um Estado Democrático de Fato e de Direito. A subserviência à lei é corolário da expressão em inglês *rule of law* (império da lei. Tradução nossa). Não há espaço para interpretação diversa.

Muito embora controverso, não sem certo fundamento de ordem institucional, tem-se aplicado, à exaustão, o verbete sumular vinculante nº 5 nos Processos Administrativos Disciplinares Militares das Forças Armadas e, até o advento da Lei nº 13.967/2019, das Forças Auxiliares, sem que, contudo, houvesse a análise subjetiva da razão de existir do enunciado e das espécies de punição aplicadas aos militares.

Como se infere da decisão da Suprema Corte, que ensejou a edição da Súmula Vinculante nº 5, e das demais decisões comentadas, todas as espécies de punição que foram sopesadas na sua edição tinham, por espécie, punições que estavam vinculadas a procedimentos de natureza cível, cuja maior pena fora a de demissão. A única decisão, citada, que envolveu um militar estadual restou em reversão do Policial ao seu *status quo*, sem que, entretanto, houvesse punição em sentido estrito.

Por certo, o Direito Disciplinar Militar tem por espécie de punição outras que não somente a demissão. Vai além, chegando à prisão do militar em “xadrez”. De modo que, como se aduz das decisões e explanações da Corte Constitucional, em especial do Eminentíssimo Ministro Gilmar Mendes no Recurso Especial nº 398.269/RS, “esse Enunciado é aplicável apenas em procedimentos de natureza cível”. A aplicação de tal verbete nos Processos Disciplinares Militares não tem razão ou fundamento. Dessa forma, está-se, a bem da verdade, a tergiversar sobre o sentido do Enunciado.

Incabível, portanto, na Administração Castrense, que tal aplicação continue a prosperar; de modo que inverte a ordem lógica e principiológica do verbete e, por consequência, incide no cometimento, pelas autoridades, de transgressão dos próprios Regulamentos que buscam aplicar; e, diretamente, da hierarquia e da disciplina militar, princípios e fins da vida castrense.

Não resta alternativa, sob essa ótica, de uma revisão procedimental e processual para que, atualmente, seja obrigatória a presença de defesa técnica, na sua acepção conceitual estrita, nos Processos Administrativos Disciplinares de Militares das Forças Armadas, pois estes são imprescindíveis em respeito ao art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal de 1988, mas prescindíveis na apuração das Forças Auxiliares, por

força interpretativa da Súmula Vinculante em comento e das atuais espécies de punições administrativas.

REFERÊNCIAS

ALVIM, José Eduardo Carreira. *Teoria geral do processo*. 24. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2022.

ASSIS, Jorge César de. *Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2013.

BRASIL. *Regulamento Disciplinar da Aeronáutica*. 22 de setembro de 1975.

BRASIL. *Estatuto dos Militares*. 9 de dezembro de 1980.

BRASIL. *Regulamento Disciplinar para a Marinha*. 26 de julho de 1983.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

BRASIL. *Regulamento Disciplinar do Exército*. 26 de agosto de 2002.

COUTO, Reinaldo. *Direito disciplinar: poder público versus servidor*. 4. ed. rev. e atual. ed. Salvador: JusPodivm, 2020.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

JANSEN, R. A Súmula Vinculante como norma jurídica.
Revista de Direito Administrativo, v. 240, 2015.

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito penal militar*. 5. ed.
São Paulo: Atlas, 2010.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. rev.atual. EC84 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.

MINISTÉRIO DA PREVIDÊNCIA. Portaria no 7.249, 14 de julho de 2000. *Diário Oficial da União*, v. 135-E, n. Seção 2, p. 9, 14 jul. 2000.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário em Agravo Regimental n. 244.027*, 9 out. 2001. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/servicos/dje/listarDiarioJustica.asp?tipoPesquisaDJ=AP&classe=RE&numero=244027#>. Acesso em: 23 abr. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Ação Direta de Inconstitucionalidade no 3.685-8 -distrito Federal*, 22 mar. 2006. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363397>. Acesso em: 22 abr. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário no 434.059-3 - Distrito Federal*, 7 maio 2008. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=547287>. Acesso em: 22 abr. 2022.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Recurso Extraordinário n. 398.269 - Rio Grande do Sul*, 15 dez. 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608554>. Acesso em: 23 abr. 2022.

O diálogo das fontes entre direito civil e penal militar no crime de furto e de furto de uso

Matheus Santos Melo

Advogado. Escritor. Professor de Direito Penal Militar, parte geral, do ETNA Instituto Educacional. 1º Tenente R2 de infantaria do Exército Brasileiro. Pós-graduado em Direito Militar *lato sensu* pela Universidade Cândido Mendes. Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC).

Data de recebimento: 14/05/2022

Data de aceitação: 23/05/2022

RESUMO: O STJ ao adotar, em Recurso Repetitivo, a teoria da *apprehensio* para a consumação do crime de furto, deixou algumas arestas, pois aquela mesma corte entende que há uma elementar especial subjetiva do injusto naqueles crimes, qual seja: o *animus furandi*. Ao encontro de exigir esse específico fim de agir, o STM acaba usando critérios objetivos para afastar a tentativa de furto de uso (Art. 241, do CPM) e tipificar a conduta como crime de furto simples consumado, parâmetros como, por exemplo, a restituição da coisa com danos. Para afastar o problema de usar critérios objetivos na aferição de um elemento subjetivo (para afastar uma possível responsabilidade penal objetiva), este artigo propõe, pelo diálogo das fontes entre direito Civil e Penal, a utilização dos conceitos de posse e detenção do Direito Civil, para uma nova forma de subsunção

típica na conduta de furto e de furto de uso (Art. 240 e 241, do CPM) e afastar a presunção de uma elementar especial subjetiva do injusto, a qual, para as cortes superiores, estaria implícita no tipo. Nesse sentido, busca-se trazer uma subsunção mais objetiva e ontológica da conduta, pelo dolo natural, ao tipo de furto, valendo-se, para isso, do diálogo das fontes.

PALAVRAS-CHAVE: furto de uso; animus furandi; Diálogo das Fontes; Direito Civil; Direito Penal Militar.

ENGLISH

TITLE: The dialogue of sources between civil and military criminal law in the crime of theft and theft for use.

ABSTRACT: The Superior Tribunal de Justiça, by the Precedent's System, used the theory of apprehensio for characterize the consummation of the crime of theft. It brought some problems, because that same court understands that there is a special subjective element of the unjust in those crimes, namely: the animus furandi. Using this theory, the Superior Tribunal Militar uses an objective criterion to rule out the theft for use (Art. 241, of the Código Penal Militar) and classify the conduct as a simple theft consummated crime, using the parameter, for example, of the restitution of the thing with damages. To face the problem of using an objective criterion in the assessment of a subjective element (to avoid the objective criminal responsibility), this article proposes, by the Dialogue of Sources, the use of the concepts of possession and detention of Civil Law, to resolve the typical subsumption in theft and theft for use actions (Art. 240 and 241, of the CPM), removing the presumption of a special subjective element of unjust, which the courts supposes that is implicit in the type. In this sense, we tried to bring a more objective and ontological subsumption of

the action to the crime of theft, by natural dolus, using, for this, the dialogue of the sources.

KEYWORDS: theft for use; animus furandi; Dialogue of the Sources; Civil Law; Military Criminal Law.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Análise do dolo – 3 O *animus furandi* – 4 A teoria da *apprehensio* e os conceitos do Direito Civil – 5 A diferença entre posse e detenção, do Direito Civil, para resolver o caso paradigma – 6 Entendimentos doutrinários que também fazem o diálogo das fontes – 7 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A tutela do patrimônio (direito constitucional assegurado, além de outros dispositivos, no Art. 5º, incisos XXII, XXIII e XXX da Carta Magna), é feita por diversos ramos do direito, seja no âmbito administrativo (a exemplo da possibilidade de discussão de legalidade nas desapropriações e indenização prévia e justa em dinheiro); no âmbito tributário (a exemplo da proibição do caráter confiscatório dos tributos); no âmbito cível (pela tutela da posse, da propriedade intelectual e material, pela responsabilidade civil, direito sucessório *et cetera*); e, no âmbito penal, com a tipificação de condutas que, em *ultima ratio*, afrontem o patrimônio alheio.

O problema central a que este artigo busca alertar é a tutela deficiente do patrimônio, no âmbito penal militar, nos crimes de furto e de furto de uso (Arts. 240 e 241 do Código Penal Militar), tendo em vista que doutrina, a exemplo de Neves e Streinfinger (2021, p. 1412), e jurisprudência¹ majoritárias entendem que a expressão “para si ou para outrem” indicam um elemento subjetivo especial do injusto: o *animus furandi* ou *animus domini*. Acontece que, interpretando-se dessa maneira, há uma afronta na esfera de proteção do sujeito passivo, bem como incoerência nos próprios julgados dos tribunais superiores, quando feito o diálogo das fontes Civil e Penal.

Tem-se, como exemplo paradigma para este artigo, o seguinte caso hipotético: militar da ativa manda uma mensagem de texto a militar da ativa, dizendo que pegou, da sua mochila, no alojamento do quartel, as chaves de seu veículo automotor, estacionado dentro da Organização Militar, para ir à padaria (intenção de usar). Dessa situação, há quatro possíveis consequências: (a) sujeito passivo vê a mensagem e não consente com a subtração; (b) sujeito passivo consente; (c) sujeito ativo danifica o veículo antes de entregá-lo; e (d) sujeito ativo entrega o veículo no lugar e nas condições que o pegou,

¹ STJ - AgRg no HC: 644049 RJ 2021/0036491-7, Relator: Ministro Olindo Menezes (desembargador convocado do TRF 1ª Região), T6 - SEXTA TURMA, DJe 31/08/2021.

sem sequer haver gasto de combustível. O que nos provoca questionamento se houve furto consumado, furto de uso ou tentativa em cada um desses resultados possíveis.

Para isso, far-se-á um estudo do dolo, do Direito Civil das Coisas e buscar-se-á um diálogo das fontes Penal e Civil, a fim de propor uma coerência lógica ao ordenamento e, de outro lado, não desamparar, da tutela penal militar, vítimas que têm o patrimônio esbulhado por quem comprova não haver *animus domini*. O método de abordagem será o indutivo, pois se identificarão fenômenos na realidade normativa e jurisprudencial que demonstrem que presumir o *animus domini*, por critérios objetivos, pode consubstanciar responsabilidade penal objetiva. A partir da análise da reação causa-efeito, formular-se-ão hipóteses, tratando suas respectivas respostas de forma universal, de modo que, afirmar-se-á, por fim, que não se deve presumir uma elementar subjetiva especial do injusto no crime de furto (Art. 240, do CPM). O método de procedimento utilizado será o comparativo. A técnica de pesquisa é a documental, fundada na bibliografia e nos demais dados da realidade supracitada (jurisprudencial, normativa *et cetera*). O marco teórico é a teoria do diálogo das fontes.

2 ANÁLISE DO DOLO

Para se entender o que é o *animus domini*, faz-se necessário analisar o que é o dolo na doutrina moderna. Passou-se por longo processo evolutivo para se chegar ao conceito de dolo natural que temos hoje, composto por: (a) vontade (elemento volitivo, mas que significa apenas a capacidade de decidir agir, de modo a influir no curso causal); e (b) consciência, previsão ou representação do resultado (elemento cognitivo, que significa o conhecimento das circunstâncias fáticas, que consubstanciem elementos integradores do tipo penal).

Em apertada síntese, com base nas obras de Bitencourt (2013, p. 91 a 124) e Neves e Streifinger (2021, p. 267 a 522), têm-se, como linha do tempo na evolução do dolo:

a) o *dolus malus*, dos romanos da Idade Antiga, composto de normatividade, que era concebido como uma ofensa à lei moral e à lei do Estado. Na linguagem jurídica, era visto como astúcia e má astúcia, exercida com consciência de injustiça. Não se confundia com a culpa, que era compreendida como negligência culpável (PRADO, 2007, p. 363);

b) o dolo psicológico, dos causalistas no início da Idade Moderna, que compunha (junto com a culpa) o

elemento culpabilidade, do conceito analítico de crime. Sendo, pois, o vínculo psicológico (vontade e previsão) que unia o autor ao resultado produzido por sua ação (e permitia-se a valoração das razões de agir do autor, de modo que causas como a coação moral suprimiria o elemento volitivo do dolo) (BITENCOURT, 2013, p. 93 e 94);

c) o dolo normativo, dos *neokantistas* (causalismo neoclássico), os quais sentiram a necessidade de dar mais axiologia ao direito penal, dando margem ao juiz para interpretar um novo elemento do dolo: a consciência atual da ilicitude (além de vontade e previsão). Retornando-se, portanto, ao dolo normativo dos romanos. Além disso, o elemento vontade perde o condão de ser valorado pelo juiz, sendo a coação moral analisada no juízo de reprovação social (culpabilidade), como exigibilidade de conduta diversa. De outro lado, na análise do dolo, passa-se a analisar as intenções específicas do agente, que podem constituir elementar (surge, pois, a ideia de dolo específico);

d) o dolo natural, do Finalismo, não analisado mais no juízo de reprovação social (pois se retiraram o dolo e a culpa da culpabilidade); analisando-o, pois, de forma mais ontológica e inerente à conduta humana (na

análise do fato típico). Dessa forma, o elemento volitivo do dolo (vontade) passa a ser analisado como a simples decisão de agir de maneira a influir no curso causal. O elemento intelectual continua sendo a representação (previsão ou consciência) do resultado e dos elementos fáticos, e a consciência da ilicitude (subsunção do fato à norma) passa a ser analisada pelo juiz, sob o critério do homem médio, na culpabilidade, como potencial conhecimento da ilicitude. Retirando-se, assim, qualquer caráter normativo do dolo.

Portanto, atualmente, a análise da vontade do agente é uma análise mais ontológica, simplesmente sobre a capacidade de decisão de agir e de influir no curso causal. Tanto a coação moral (inexigibilidade de conduta diversa) quanto o erro sobre a antijuridicidade da conduta (ausência de potencial conhecimento da ilicitude) são analisados na culpabilidade, no juízo de reprovação.

Nesse contexto, não há espaço para a análise de um “dolo específico”, pois o dolo é ausente de conteúdos normativos de fins específicos, é a simples decisão de realizar o núcleo do tipo com previsão atual dos elementos fáticos lá descritos.

Assim, qualquer elementar típica que preveja um específico fim de agir é tratada como *elemento subjetivo*

especial do tipo ou *elemento subjetivo especial do injusto*. Essa última expressão consubstancia ainda melhor o caráter dessas elementares: embora ampliem o aspecto subjetivo do tipo, elas têm o condão de condicionar ou fundamentar a antijuridicidade, ou seja, pertencem, ao mesmo tempo, ao tipo e à ilicitude, pois consubstanciam um conteúdo ético-social. Portanto, quando se exige o *animus injuriandi*, o fundamento não é afastar o dolo quando o agente pratica com *animus jocandi*, mas afastar a ilicitude do ato de alguém que fala algo por brincadeira, em uma justificativa ético-social, descaracterizando-se o tipo subjetivo, independentemente da presença do dolo (BITENCOURT, 2013, p. 52 e 53).

3 O ANIMUS FURANDI

Sob esse aspecto, quando os tribunais superiores entendem que o “para si ou para outrem”, do Art. 240 do CPM ou Art. 155 do CP comum, consubstancia um elemento subjetivo especial do tipo, qual seja: a finalidade específica de se assenhorar da coisa ou entregá-la a outrem, isso se torna perigoso para o bem jurídico tutelado e para o direito penal da vítima.

No exemplo paradigma, o sujeito ativo deixou claro sua finalidade específica de “uso” da coisa, e não de

assenhoramento. Caso ele danifique o veículo ou caso o sujeito passivo não concorde com o uso da coisa, isso não muda a ausência do elemento subjetivo especial, excluindo o injusto. Nesse sentido, julgou o STJ² ao absolver um sujeito que, alcoolizado, subtraiu uma máquina escavadeira e abalroou-a, junto de outros veículos, em via pública. Essa decisão compromete sobremaneira o direito da vítima, que teve seu patrimônio lesado, em decorrência da subtração e mau uso pelo sujeito ativo.

Os tipos penais, pelas teorias preventiva geral positiva e preventiva geral negativa da pena, têm a finalidade de desestimular que a sociedade cometa certas condutas (seja num diálogo positivo, seja numa mensagem dissuasória). Portanto, entender não ser injusta a conduta de subtrair, para uso, coisa alheia móvel pode acabar a estimulando no seio da comunidade.

Ainda analisando o *animus furandi*, a doutrina, a exemplo de Bitencourt (2012, p. 83), e o STM³ entendem que, para a configuração do furto de uso, são necessários alguns requisitos: (a) devolução rápida, quase imediata, da coisa alheia; (b) restituição integral e sem dano do objeto subtraído; (c)

² STJ - AgRg no HC: 644049 RJ 2021/0036491-7, Relator: Ministro Olindo Menezes (desembargador convocado do trf 1ª região), T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/08/2021.

³ STM - APL: 70000265620187000000, Relator: Carlos Augusto de Sousa, Data de Publicação: 17/12/2018.

devolução antes que a vítima constate a subtração; e (d) elemento subjetivo especial: fim exclusivo do uso. Ou seja, analisam-se requisitos objetivos para aferição de um elemento subjetivo. O que nos leva a perguntar: o que o dano na coisa, por circunstâncias alheias à vontade do agente, interfere na sua intenção de apenas usar?

Ainda, a doutrina, a exemplo de Neves e Streinfinger (2021, p. 1420), e o STM⁴ entendem que o furto de uso, tipificado no Art. 241 do Código Penal Militar, exige a restituição imediata da coisa para a sua consumação, e, caso o agente seja pego antes de restituí-la, a conduta é tipificada como furto, e não furto de uso, pois “restituir” seria núcleo do tipo, tornando-o crime unissubsistente, impedindo a tentativa. Mais uma vez desprestigiando a análise subjetiva da elementar especial exigida pelos tribunais.

Para tentar solucionar as consequências do caso paradigma, buscar-se-á demonstrar que não se deve exigir *animus furandi* no delito de furto, ou seja, as elementares “para si ou para outrem” indicam apenas os destinatários da subtração. Subtração indica inversão da posse sem consentimento prévio do antigo possuidor. Assim, não há elemento subjetivo especial

⁴ STM - APL: 70000265620187000000, Relator: Carlos Augusto de Sousa, Data de Publicação: 17/12/2018.

do injusto no delito do Art. 240, do CPM; havendo, pois, somente no Art. 241 (para o fim de uso momentâneo).

Com essas premissas, para o fato típico, não cabe analisar um fim específico na subtração (finalidade de se assenhorar), mas tão somente: (a) a vontade (decisão de agir) de subtrair coisa alheia móvel, podendo a inversão da coisa recair tanto para si, quanto para outrem; (b) a consciência (previsão ou resultado) dos elementos fáticos do tipo (saber que a coisa é alheia, por exemplo); e (c) analisar se houve inversão da posse, sem consentimento prévio do antigo possuidor, caracterizando subtração. Para entender este último requisito, cabem alguns conceitos do Direito Civil e a retomada da teoria da *apprehensio*, a fim de fazer o diálogo das fontes.

4 A TEORIA DA APPREHENSIO E OS CONCEITOS DO DIREITO CIVIL

O STJ⁵ adota a teoria da *apprehensio* (e equipara-a à teoria da *amotio*) no que se refere à consumação do delito de furto, que ocorre no momento em que o agente se torna possuidor da *res furtiva*, ainda que a posse não seja de forma

⁵ STJ - REsp: 1499050 RJ 2014/0319516-0, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 09/11/2015.

mansa e pacífica, não sendo necessário que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima.

Retira-se do Tema Repetitivo 916, do STJ, que, para a consumação do furto, basta que o agente faça cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa, passando a tê-lo. Assim, se o autor da subtração está em fuga, ainda que perseguido logo após, ele obviamente já consumou o crime, pois é indiscutível que fez cessar o poder de fato da vítima sobre a coisa (que, por isso mesmo, tenta, por si ou por terceiro, retomá-lo), tendo-o para si.

No julgado, o STJ entendeu que se iguala a subtração da coisa pelo agente com o desapossamento (sem o seu consentimento) da vítima, citando doutrina:

[...] o delito se consuma com o apossamento por parte do ladrão e com o conseqüente desapossamento da vítima, fato que se verifica no momento e no lugar em que o culpado, subtraída a coisa do detentor, a fez passar para sua própria detenção, fora da esfera da posse da vítima ou dentro dela, definitivamente ou por qualquer tempo juridicamente digno de consideração.⁶

Há aqui um primeiro ponto a ser levantado: o STJ, ao concluir que deve haver o desapossamento da vítima, cita doutrina que mistura os conceitos de posse e detenção; mas, como se verá, a Corte Cidadã adota conceitos distintos para

⁶ MANZINI, Vincenzo. Trattato di Diritto Penale Italiano, IX, Torino, 1952. p. 167 *apud* STJ - REsp: 1499050 RJ 2014/0319516-0.

posse e detenção tanto no Tema 916, quanto em julgados pela Terceira Turma (direito privado).

O julgado traz também o posicionamento contrário de que parte da doutrina defende a “necessidade do apossamento, a fim de que o antigo possuidor seja substituído pelo novo possuidor, o que ocorre somente quando este tem disponibilidade sobre a coisa de modo autônomo, fora do âmbito de vigilância da vítima”⁷. Nota-se que aqui se condiciona a posse à ausência de vigilância da vítima.

Contudo, naquele julgado, o STJ utiliza como argumento final para a adoção da teoria da *apprehensio* precedente do STF (o qual traz conceitos do Direito Civil), fundamentando que: “o Código Civil é categórico no sentido de que há [em tais casos] posse imediatamente após a cessação da violência ou da clandestinidade”; e ironizando:

[...] o Código Penal não caracteriza o furto como subtração, de coisa alheia móvel com fuga feliz ..., que a tanto vale dizer – sem apoio em qualquer lei penal, ou não – que não há subtração sem posse tranquila. Se o ladrão em fuga, embora perseguido – e a perseguição pode prolongar-se por tempo dilatado –, pode, inclusive, destruir a coisa em seu poder por ato seu de vontade, é possível pretender-se que ele

⁷ ANTOLISEI, Francesco. *Manuale di Diritto Penale, Parte Speciale*, I, 3. ed., p. 211-213, Milano, 1957; FOSCHINI, Gaetano. *Il momento consumativo del furto*. In: *Reati e Pene: Studi*, Milano, 1960. p. 13 *apud* STJ - REsp: 1499050 RJ 2014/0319516-0.

não tenha disponibilidade autônoma dessa mesma coisa? [...]

Concluindo-se que se consuma o crime de furto no momento em que o agente obtém a posse do bem, ainda que não seja mansa e pacífica e/ou haja perseguição, sendo prescindível que o objeto subtraído saia da esfera de vigilância da vítima.

Pode-se extrair, portanto, do inteiro teor do Tema Repetitivo 916 do STJ, que o STF e os argumentos que fundamentaram a adoção da teoria da *apprehensio*, pela Corte Cidadã, fundamentam-se nos conceitos de posse e detenção do Código Civil, senão veja:

[...] Para que o ladrão se torne possuidor, não é preciso, em nosso direito, que ele saia da esfera de vigilância do antigo possuidor, mas, ao contrário, **basta que cesse a clandestinidade ou a violência, para que o poder de fato sobre a coisa se transforme de detenção em posse**, ainda que seja possível ao antigo possuidor retomá-la pela violência, por si ou por terceiro, em virtude de perseguição imediata. Aliás, a fuga com a coisa em seu poder traduz inequivocamente a existência de posse. E a perseguição - não fosse a legitimidade do desforço imediato - seria ato de turbação (ameaça) à posse do ladrão. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 102490, Rel. Ministro Moreira Alves, Pleno, DJ 16/8/1991) (...) o esbulhado pode recuperar a posse perdida se a retomar do esbulhador ainda que em virtude de perseguição imediata [...] (grifos nossos)

Portanto, extrai-se do julgado que STF e STJ retiram do Código Civil os fundamentos para caracterizar a inversão da posse nos crimes de roubo e furto. Naquele *códex*, não induzem posse os atos violentos ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade⁸. Aliado à teoria da *apprehensio*, entende-se que a clandestinidade ou violência cessam, assim que o agente retira o bem da vítima. O que faz ocasionar algumas incongruências com o Direito Civil. A Terceira Turma (direito privado) do STJ⁹ entende que a apreensão física da coisa por meio de clandestinidade (furto) somente induz a posse após cessado o vício (art. 1.208 do CC/2002).

No julgado daquela corte, traz-se que:

[...] especificamente quanto à clandestinidade, vale repisar que clandestina é a apreensão física da coisa de forma oculta, sorrateira, isto é, sem que o possuidor atual, vítima do ato clandestino, perceba a ocupação.

Ou seja, pelos conceitos da Terceira Turma (direito privado) do STJ:

[...] é indiscutível que o agente do furto, enquanto não cessada a clandestinidade ou escondido o bem subtraído, não estará no

⁸ Art. 1.208. Não induzem posse os atos de mera permissão ou tolerância assim como não autorizam a sua aquisição os atos violentos, ou clandestinos, senão depois de cessar a violência ou a clandestinidade.

⁹ REsp 1637370/RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe 13/09/2019.

exercício da posse, caracterizando-se assim a mera apreensão física do objeto furtado. Daí por que, inexistindo a posse, também não se dará início ao transcurso do prazo de usucapião. É essa *ratio* que sustenta a conclusão de que a *res furtiva* não é bem hábil à usucapião. [...]

Há três caminhos para entender essa divergência:

- a) O STJ, na teoria da *apprehensio*, usa o conceito de posse em sentido lato, admitindo, para a consumação da subtração, a posse e a *naturalis possessio*, conceito trazido por Diniz (2012, p. 851), cujo detentor da coisa tem apenas a posse natural;
- b) O STJ está equivocado no conceito de cessação da clandestinidade do Art. 1.208, do Código Civil, dando-se esta pela exteriorização ou visibilidade do domínio, ou seja, pela relação exterior intencional entre a pessoa e a coisa, tendo em vista a função econômica desta; bem como a consumação do delito pela *apprehensio* só se dá se o agente demonstra ter o pleno exercício de fato de, pelo menos, algum dos poderes constitutivos do domínio (usar, dispor, reaver ou fruir), ao encontro dos conceitos cíveis trazidos por Diniz (2012, p. 848 e 849);
- c) o STJ usa teorias diferentes sobre a posse, tendo o Direito Penal autonomia conceitual ao Direito Civil.

Pelo Tema Repetitivo 916 do STJ¹⁰, entende-se que o terceiro caminho não é o adotado pelas cortes, devendo-se adequar o conceito do Direito Civil ao Penal (diálogo das fontes). Já o primeiro caminho, de entender que a subtração se dá com a mera detenção da coisa, parece também equivocado, pois exemplos como o motorista, que pega o veículo do patrão, sem seu consentimento, para buscá-lo, poderia ser subsumido como subtração, assim como, em todas as consequências do caso paradigma, haveria furto.

A solução se dá em tornar mais claro os conceitos de posse e de detenção, para aplicá-los tanto no Direito Penal, quanto no Direito Civil e com a finalidade de não ter que adentrar numa elementar subjetiva especial do injusto que, a nosso ver, não deve ser exigida.

¹⁰ STJ - REsp: 1499050 RJ 2014/0319516-0, Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, S3 - TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 09/11/2015.

5 A DIFERENÇA ENTRE POSSE E DETENÇÃO, DO DIREITO CIVIL, PARA RESOLVER O CASO PARADIGMA

O conceito de posse, trazido por Diniz (2012, p. 848 a 851) e pelo Código Civil¹¹, se dá pela teoria objetiva, de Rudolf Von Ihering, em que são elementos constitutivos da posse: (a) *corpus*: exterioridade da propriedade que consiste no estado normal das coisas, sob o qual desempenham a função econômica de servir e pelo qual o homem distingue quem possui e quem não possui; e (b) *animus* ou *affectio tenendi*, que já está incluído no *corpus*, indicando o modo como o proprietário age em face do bem de que é possuidor.

Portanto, o *corpus* é o único elemento visível suscetível de comprovação, estando vinculado ao *animus*, do qual aquele é a manifestação externa. Assim, para a teoria objetiva, não é necessário o *animus rem sibi habendi* ou *animus domini*, mas apenas a exteriorização no mundo fático de poderes inerentes à propriedade. Tartuce (2019, p.70) traz o moderno conceito de posse-trabalho (função social da posse¹²) que vem sendo

¹¹ Art. 1.196. Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade.

¹² A função social da posse consta de enunciado aprovado na V Jornada de Direito Civil, de 2011, com a seguinte redação: “A posse constitui direito autônomo em relação à propriedade e deve expressar o aproveitamento dos

aplicado pelos tribunais, mas trata-se de uma posse qualificada, ou seja, permanecem os conceitos da teoria objetiva ou subjetiva para descrevê-la no mundo fático (sem necessariamente a adjetivar).

Nesse sentido, propomos que, para analisar o crime de furto, não se deve analisar o *animus furandi* ou outro elemento subjetivo especial do injusto. Deve-se analisar se houve inversão da posse ou não e, para isso, deve-se adotar a teoria objetiva, ou seja, mais uma vez sem analisar o *animus* de quem tomou a coisa.

A mera detenção (fâmulos da posse ou *naturalis possessio*), atos de mera permissão ou tolerância e atos violentos ou clandestinos (se não cessada a violência ou clandestinidade) também não induzem posse (Art. 1.198 e Art. 1.208, Código Civil). Sobre os três primeiros conceitos:

- a) O fâmulos da posse é aquele que – em razão de dependência econômica ou de um vínculo de subordinação, em relação ao possuidor direto ou indireto – exerce, sobre o bem, a posse em nome desse possuidor (DINIZ, 2012, p. 850 e 851);
- b) atos de mera permissão exigem um comportamento positivo do possuidor que, sem perder a vigilância

bens para o alcance de interesses existenciais, econômicos e sociais merecedores de tutela” (Enunciado n. 492).

sobre o bem, o entrega voluntariamente a terceiro, para que esse o tenha momentaneamente (DINIZ, 2012, p. 856);

c) a tolerância é conduta omissiva, consciente ou não, do possuidor que, sem renunciar à posse, admite atividade de terceiro em relação à coisa. O ato de tolerância requer um consenso tácito, podendo ser consciente ou não, devendo ser analisado de forma objetiva (teoria objetiva da posse) (DINIZ, 2012, p. 856 e 857).

A partir desses conceitos é que se buscará responder o caso paradigma e os demais problemas entre furto (Direito Penal) e usucapião (Direito Civil). Como já se viu, o furto comum se consuma com a inversão da posse, sem o consentimento do possuidor esbulhado. De outro lado, o furto de uso (Art. 241, do CPM) se dá com a mera detenção (cumpridas as demais elementares do tipo), o que nos leva a interpretar o termo “coisa subtraída” como “coisa tomada”, para não entrar em conflito com o termo “subtrair” do Art. 240 (pois neste último, exige-se a inversão da posse, e não mera detenção).

Nesse sentido, o motorista, que age sob ordem do patrão, não comete furto nem inverte a posse, por ser o fâmulos da posse do seu patrão (vínculo de subordinação). Já se esse mesmo motorista começar a usar o veículo para fins particulares, deve-

se analisar no caso concreto (de forma objetiva) se houve tolerância (ainda que inconsciente) do possuidor (patrão); nesse caso, o motorista que usa o carro, sem autorização, para ir almoçar, durante o horário de trabalho, pode-se considerar como mera detenção (pois o patrão estaria em ato de mera tolerância). Já o motorista que pega o veículo, num final de semana, para ir a uma festa e impressionar os convidados, agindo como dono, sem autorização do patrão, parece-nos sair da esfera de tolerância, induzindo posse e configurando o crime de furto, pois houve *corpus* (teoria objetiva), ainda que o motorista tivesse a finalidade específica de uso.

É nesse contexto que os quatro critérios objetivos, trazidos por Bitencourt (2012, p.83) e pelo STM¹³, para desconfigurar o *animus furandi*, fazem total sentido: (a) devolução rápida, quase imediata, da coisa alheia; (b) restituição integral e sem dano do objeto subtraído; (c) devolução antes que a vítima constate a subtração; e (d) elemento subjetivo especial: fim exclusivo do uso. Esses critérios, na verdade, desconfiguram o *corpus* da posse do agente, tornando-a mera detenção por tolerância tácita. Caso a *res furtiva* seja danificada ou o possuidor constate a subtração, não se pode mais classificar como um ato de tolerância, induzindo posse e consumando-se o

¹³ STM - APL: 70000265620187000000, Relator: Carlos Augusto de Sousa, Data de Publicação: 17/12/2018.

crime de furto pela teoria da *apprehensio* (consumação na inversão da posse).

No caso paradigma, se o militar, sujeito passivo, vir a mensagem e não consentir com a detenção, consuma-se o crime de furto, pois configurar-se-á posse. Se o militar consentir, há um ato de mera permissão, configurando detenção, conduta atípica no CP e: (a) atípica no CPM por faltar a elementar de “imediatamente restituir ou repor”, sendo que a posterior devolução, pelo sujeito ativo, é consequência da permissão do possuidor, e não do *inter criminis* (rompe-se o curso causal da conduta de tomar a coisa, pelo ato [conduta comissiva] de permissão do possuidor); ou (b) lícita no CPM, se se entender que “imediatamente restitui ou repor”, do Art. 241, trata-se de mero exaurimento do crime, sendo o consentimento do ofendido, concomitante à execução do *inter criminis*, excludente de ilicitude. Se o militar, sujeito ativo, danifica o veículo e devolve-o avariado, não se pode considerar tolerância tácita inconsciente do sujeito passivo, configurando posse e consumando-se o crime de furto. Se o sujeito ativo entrega o veículo no lugar e condições que pegou, com gasto irrelevante de combustível (sem danos), e sem ter se comportado como dono (tendo elementos fáticos de que, ao passar no corpo da guarda, por exemplo, ele informou que o veículo não era seu, mas que estava apenas indo à padaria com ele), houve ato

(conduta omissiva) de mera tolerância tácita (inconsciente) do possuidor, configurando detenção e conduta atípica no CP e típica no CPM, pois completo o *inter crimins* e as elementares do Art. 241 do *códex* castrense. Caso o sujeito ativo fosse impedido no corpo da guarda, e o sujeito passivo não consentisse com a tomada do bem, configuraria inversão da posse e crime de furto consumado; caso anuísse, conduta atípica no CP comum e atípica no CPM ou lícita (caso entenda que a restituição no mesmo lugar é mero exaurimento do Art. 241, sendo o consentimento do ofendido excludente de ilicitude).

Como se viu acima, há um importante questionamento que também pode levar a uma quebra de paradigma do STM e que tutelaria de forma mais ampla o patrimônio da vítima: o ato de restituir a coisa, no lugar que a encontrou, não seria mero exaurimento do crime de furto de uso (Art. 241, do CPM)? Respondendo-se positivamente, pode-se entender que a tomada da coisa alheia, como mera detenção (sem exercício do *corpus*), restituída em diverso lugar, configuraria furto de uso consumado. De outro lado, poder-se-ia argumentar que o fato de restituir a coisa em lugar diverso, seria manifestação do *corpus* (aquele que pega algo e a põe em outro lugar, comporta-se como dono, descaracterizando-se um ato de mera tolerância do sujeito passivo, o qual teria que procurar a coisa perdida).

Quanto à consumação do delito, há um paradoxo, no diálogo das fontes, que se buscará resolver. Pela teoria da *apprehensio* e os conceitos de clandestinidade do Direito Civil, o crime só se consumaria, ou seja, só há configurada a posse, quando cessada a clandestinidade. Assim, caso um militar pegue um veículo alheio e o esconda (mantenha clandestino), sem o usar, danificar ou qualquer exercício de poderes da propriedade de forma pública (*corpus*), o crime de furto só se consumará (teoria da *apprehensio*) quando alguém achar o veículo e cessar a clandestinidade.

É uma opção hermenêutica para não entrarem em conflito dois problemas: (a) o sujeito passivo quer que cesse a clandestinidade para consumir o furto e ter a tutela de seu patrimônio pelo Direito Penal; e (b) o sujeito ativo também quer que cesse a clandestinidade para configurar a posse e ter o início do prazo para aquisição da propriedade por usucapião (Art. 1.261 do Código Civil).

Ou seja, a consumação ocorrerá quando houver a inversão da posse, e essa só se dará quando cessada a clandestinidade. No caso do militar que furta o veículo e o esconde, a consumação do crime se dará quando: (a) a polícia ou alguém encontrar o veículo por serendipidade; (b) a polícia ou alguém, durante as investigações, descobrir o paradeiro do veículo; ou (c) o sujeito ativo do crime passe a exercer

publicamente poderes da propriedade (*corpus*), havendo exteriorização/visibilidade do domínio (configurando posse). Ressalvando-se que, a partir do momento em que o sujeito passivo sente falta da coisa tomada, haveria já o início do *inter criminis*, tutelado pelo instituto da tentativa (o qual se discorrerá a seguir). Portanto, o sujeito passivo já poderia fazer um Boletim de Ocorrência para dar início à tutela penal do seu patrimônio.

Ou seja, nesse contexto, para fins de consumação e de início da contagem para a usucapião, propõe-se, pelo diálogo das fontes, levar em conta o início da aquisição da posse, que se dá quando cessada a clandestinidade (furto) ou violência (roubo). O que nos remete a outro problema: militar pega, furtivamente, de outro militar, um anel valioso e o esconde, sem o usar nem danificar e, passados cinco anos, ele devolve esse anel ao dono. Caso ele o devolva de forma anônima, a pergunta que nos remete: se foi cessada a clandestinidade, sem o sujeito ativo adquirir a posse (em tese, não haveria *corpus*), como se daria a consumação do furto? Há três possíveis respostas, todas a fim de manter o diálogo das fontes entre direito Civil e Penal, remetendo-nos a responder: (a) que não houve *corpus*, sendo conduta atípica no CP comum e atípica no CPM (caso se entenda que a restituição no mesmo lugar, do Art. 241, não se trata de mero exaurimento), tendo sido o fato mera detenção; (b)

não houve *corpus*, mas a restituição da coisa, no mesmo lugar, do Art. 241, do CPM, é mero exaurimento, sendo conduta atípica no CP comum e típica no CPM; ou (c) quando o sujeito ativo, ainda que anonimamente, restitui a coisa em lugar diverso, evidente está o *corpus* e a inversão da posse (consumação do crime de furto), pois aquele que toma coisa alheia e a restitui em lugar diverso ou a restitui após longo lapso temporal (cinco anos), comporta-se como dono, não se podendo falar em ato de mera detenção, sendo a própria restituição, ainda que anonimamente, uma manifestação do *corpus* e, portanto, da cessação da clandestinidade, consumando-se, naquele momento, o crime de furto. Ressalta-se que caso se adote pela atipicidade, deve-se resolver as perdas e danos, pela ausência do anel, com a responsabilização civil.

A adoção das teorias da *apprehensio* e da posse do Direito Civil para tipificar o crime de furto pode trazer, também, outros questionamentos: adotá-la tornaria o crime, de furto, unissubistente? Poder-se-iam defender teses de que ou se inverte a posse ou não se inverte (sendo um crime de um só ato, e não se admitindo tentativa). Contudo, vemos mais uma vez a chave de hermenêutica na teoria do *corpus*. O furto qualificado ou agravado, à luz da tese do *corpus*, admite facilmente a tentativa, pois elementos como emprego de chave falsa, rompimento de obstáculos, escalada, mostram que o agente está

cometendo atos executórios para exercer, no plano fático, a exterioridade da propriedade.

No furto simples, no caso paradigma, o militar que mexe na mochila do outro para pegar as chaves do veículo alheio, caso seja flagrado, a solução se dá de forma semelhante à quando o mesmo é flagrado no *inter criminis* do furto de uso: se o sujeito passivo consentir, não há tentativa de furto simples e, adotando-se a restituição, do Art. 241, do CPM, como mero exaurimento, há excludente de ilicitude do furto de uso pelo consentimento do ofendido (o qual é admitido, por ter sido concomitante ao crime); adotando-se o “restituir”, do Art. 241, do CPM, como elementar do crime, seria caso de atipicidade. Assim, o consentimento, à luz do Direito Civil, trata-se de ato de mera permissão. Caso o sujeito passivo não consinta, há flagrante tentativa de inversão da posse e, portanto, tentativa de furto simples, mesmo o sujeito ativo demonstrando o ânimo de apenas usar, pois o que importa, para a consumação, é o *corpus* exteriorizado pela ação.

6 ENTENDIMENTOS DOUTRINÁRIOS QUE TAMBÉM FAZEM O DIÁLOGO DAS FONTES

A doutrina também faz o diálogo das fontes principalmente para definir a esfera de proteção dos crimes

patrimoniais. Coimbra Neves e Streinfinger (2021, p. 1396 a 1398) trazem os conceitos de posse objetiva, de Rudolf Von Ihering, para fundamentar que a objetividade jurídica do crime de furto (Art. 240, CPM) é a propriedade, e não a posse e a detenção. O autor fundamenta que o CPM, no Art. 241, usou o furto de uso para tutelar a detenção; sendo o Art. 240, portanto, manifestação da tutela da propriedade.

Greco (2009, p. 368) entende que os crimes patrimoniais tutelam a posse e a propriedade, excluindo da esfera de proteção apenas a mera detenção:

Somos partidários da corrente que compreende a posse como um dos bens juridicamente protegidos pelo tipo penal do art. 155. Existe perda tanto para o possuidor quanto para o proprietário da coisa. No entanto, não conseguimos visualizar a perda que sofre o mero detentor para que se possa incluir a detenção da coisa como bem juridicamente protegido pelo tipo penal em estudo.

Já Bitencourt (2010, p.31) entende que há lesão ao patrimônio quando se ofende a propriedade, a posse e/ou a detenção, consoante afirma:

Bens jurídicos diretamente são a posse e a propriedade da coisa móvel, como regra geral, e admitimos também a própria detenção como objeto da tutela penal, na medida em que usá-lo, portá-lo ou simplesmente retê-lo já representa um bem para o possuidor ou detentor da coisa.

Nota-se que os três autores buscam nos conceitos do Direito Civil, para delimitarem o âmbito de proteção da norma penal. Consoante se observou nos tópicos acima, este artigo se filia à corrente de Rogério Greco, de que apenas a propriedade e a posse são tuteladas no furto comum (Art. 240 do CPM e Art. 155 do CP comum) e ousamos discordar que o Art. 241, do CPM, por si só, tutela a detenção, tendo em vista que o crime se dá quando o sujeito ativo exerce justamente a detenção, ou seja, o tipo penal não a tutela, mas sim a criminaliza.

A importância de saber a objetividade jurídica no crime de furto é para situações em que o sujeito passivo está com a mera posse ou apenas com a detenção do objeto a ser furtado. Por exemplo, o sujeito passivo pode ter alugado um veículo automotor e estar exercendo o *corpus*, (para um melhor exemplo, suponhamos que seja uma relação contratual entre pessoas físicas, afastando-se o Código de Defesa do Consumidor) o sujeito, portanto, está comportando-se como dono (teoria objetiva da posse). Nesse caso, se o sujeito passivo for furtado, o mesmo poderá buscar a tutela penal como vítima, tendo em vista que o esbulho afrontou seu patrimônio (ele, em tese, terá que indenizar o locatário, pela perda do bem). Já nos casos de mera detenção, não vislumbramos uma afronta ao patrimônio. Por exemplo, o fâmulos da posse que dirige, como

motorista particular, o veículo de seu patrão, acatando estritamente suas ordens, e é furtado, não tem sua esfera patrimonial afrontada pelo esbulho, tendo em vista que não terá que indenizar seu patrão, pois está fielmente seguindo suas ordens; o mesmo se dá ao cliente de supermercado que coloca produtos dentro no carrinho e é furtado, não há afronta ao seu patrimônio, pois o cliente não terá que indenizar o supermercado (por serem atos de mera permissão) e nem tinha o produto constituindo seu patrimônio, pois o cliente ainda não havia pago pelo mesmo.

Ou seja, o diálogo das fontes não é um exercício desnecessário e afastado pela doutrina e pela jurisprudência. Na verdade, ambas defendem a intersecção de conceitos, ou seja, não há que se falar em uma independência conceitual entre Direito Penal e Direito Civil, no que diz respeito à propriedade, posse e detenção.

7 CONCLUSÃO

Exercitar o diálogo das fontes sobre posse e delitos como o furto é desafiador, mas parece necessário; pois, como se viu, o julgado em Recurso Repetitivo pelo STJ (tema 916), ao adotar a teoria da *apprehensio*, usou como fundamento o Código Civil para a inversão da posse, trazendo, inclusive, julgados do STF.

Ainda, vê-se como necessário o diálogo das fontes e a adoção da teoria objetiva da posse, para não presumir um elemento subjetivo especial do injusto que não está explícito no tipo.

Estefam (2019, p. 611 e 612) faz essa ressalva no crime de estupro (Art. 213, CP), no qual doutrina e jurisprudência majoritárias exigem um elemento subjetivo especial do injusto implícito no tipo (qual seja: o fim de satisfazer a lascívia). O que é perigoso para a tutela da vítima (a exemplo: um assaltante que, com a finalidade de traumatizar as vítimas, manda que se dispam e toquem-se entre elas; evidentemente, afronta a dignidade sexual, contudo seria afastado o crime de estupro, por ausência da finalidade de satisfação da lascívia pelo agente, o problema é que o tipo penal do estupro fala em “praticar ato libidinoso”, sem exigir finalidade específica).

O STJ¹⁴, em 2020, não admitiu recurso, por entender que teria que adentrar na matéria fático-probatória em crime de

¹⁴ STJ - AREsp: 1659317 MG 2020/0027978-6, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, DJ 11/03/2020: [...]constrangeu a vítima a tolerar que aquele introduzisse o dedo em sua vagina, com o intuito de averiguar possível infidelidade daquela. [...] não possuía a intenção deliberada de satisfazer sua lascívia, pelo que o constrangimento se encerrou em si mesmo. Assim, no presente caso, por não vislumbrar que o ato praticado pelo apelante, conquanto imoral e reprovável, possua tipicidade necessária para caracterizar o crime de estupro, tenho ser caso de se proceder à desclassificação de sua conduta para aquela prevista no artigo 146 do Código Penal, inclusive em observância aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade.

estupro (podendo tê-lo admitido e julgado pela desnecessidade de provar especial fim de agir, análise que não remeteria à Súmula 07 daquela corte e não deixaria a vítima sem a tutela penal). Contudo, em diversos julgados recentes¹⁵, apesar de ainda não discutir o mérito sobre a exigência ou não do elemento subjetivo especial do injusto, o STJ vem trazendo trecho da obra do mencionado doutrinador (André Estefam), sobre a desnecessidade de um específico fim de agir no crime do estupro.

Portanto, parece-nos que a tendência evolutiva da jurisprudência (*overuling*) é pela não exigência de finalidades específicas, quando não explícitas no tipo, sob pena de afrontar a tutela penal de bens jurídicos e de desproteger as vítimas, vindo a utilizar a doutrina de André Estefam e afastar a presunção de um *animus* no crime de estupro.

Como se viu, as elementares especiais subjetivas do injusto estão intimamente ligadas a uma função ético-social, a qual deve ser delimitada pelo legislador, e não presumida pelo Poder Judiciário.

Assim, feita toda essa análise do Direito Civil e Penal, com o diálogo das fontes, propõe-se uma mudança na subsunção

¹⁵ STJ - AREsp: 2015713 DF 2021/0370667-0, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Data de Publicação: DJ 17/02/2022; STJ - REsp: 1808444 DF 2019/0111894-8, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, T6 - SEXTA TURMA, DJe 17/06/2019.

de condutas ao tipo do Art. 240 e 241 do CPM. Propõe-se, pois, o uso da teoria objetiva da posse, do Direito Civil, para a consumação do crime de furto, a fim de não desproteger, da tutela penal, condutas dolosas e ofensivas que lesem o patrimônio alheio, bem como não ser incoerente ao criar critérios objetivos para análise do tipo subjetivo (como a jurisprudência vem aplicando, ao caracterizar o *animus domini*).

Portanto, condutas como o agente que, furtivamente e com fim específico de uso, pega veículo alheio e, culposamente, danifica-o, não deverão ser mais tipificadas como furto consumado por haver *animus furandi*, mas sim por haver dolo e inversão da posse (dolo natural e posse pela teoria objetiva).

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, César Roberto. *Erro de tipo e erro de proibição: uma análise comparativa*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal*. v. 3. São Paulo: Saraiva, 2010.

BITENCOURT, César Roberto. *Tratado de direito penal: parte especial*. 8. ed., v.3. São Paulo: Saraiva, 2012.

DINIZ, Maria Helena de. *Código Civil: anotado*. São Paulo: Saraiva, 2012.

ESTEFAM, André. *Direito penal, volume 2: parte especial* (arts. 121 a 234-B). 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

GRECO, Rogério. *Código Penal comentado*. Niterói: Impetus, 2009.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar – Volume Único*. São Paulo: JusPodivm, 2021.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. 7. ed. São Paulo: RT, 2007.

TARTUCE, Flávio. *Direito Civil: direito das coisas*. 11. ed., v. 4. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

Crime militar extravagante de sabotagem

Cícero Robson Coimbra Neves
Promotor de Justiça Militar.

Data de recebimento: 22/02/2022

Data de aceitação: 30/04/2022

RESUMO: Esta pesquisa concentra-se no tema crime de sabotagem, com o propósito de verificar a possibilidade de sua configuração como crime militar, utilizando-se o método hipotético-dedutivo, mas transitando em alguns elementos fundamentais do tipo penal, assim como identificando possíveis conflitos aparentes. Conforme é demonstrado ao longo deste trabalho, a conclusão dos estudos revelou que, no que se refere ao crime de sabotagem, art. 359-R do CP, entende-se, ser perfeitamente possível sua caracterização como crime militar extravagante que, como tal, constitui-se em crime impropriamente militar.

PALAVRAS-CHAVE: sabotagem; crime militar; crime extravagante; crime impropriamente militar.

ENGLISH

TITLE: Extravagant Military Sabotage Crime.

ABSTRACT: This research focuses on the crime of sabotage, with the purpose of verifying the possibility of its configuration as a military crime, using the hypothetical-deductive method, but transiting in some fundamental elements of the criminal type, as well as identifying possible apparent conflicts. As demonstrated throughout this work, the conclusion of the studies revealed that, with regard to the crime of sabotage, it is understood that it is perfectly possible to characterize it as an extravagant military crime which, as such, constitutes an improperly military crime.

KEYWORDS: sabotage; military crime; extravagant crime; improperly military crime.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Torneando o crime comum de sabotagem (Art. 359-R do CP) – 3 Possíveis conflitos aparentes em relação ao crime de sabotagem – 4 Crime militar extravagante de sabotagem? – 5 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Recentemente, o Direito Penal Militar tem sido colocado à prova, com a necessidade de ser ajustado diante das alterações legislativas – fartas, diga-se de partida – que ocorreram no Brasil.

Atribui-se em grande parte essa “inquietude” à inovação trazida pela Lei n. 13.491, de 16 de outubro de 2021, que, alterando, em um de seus eixos, o inciso II do art. 9º do Código

Penal Militar, passou a permitir que os crimes não previstos no Código Castrense possam, mesmo em tempo de paz, ser adjetivados como crimes militares.

Dessa forma, alterando-se a legislação penal comum, por exemplo, com o surgimento de um novo crime comum, a reboque, ao menos potencialmente, cria-se também um novo crime militar.

Este é justamente o caso da Lei n. 14.197, de 1º de setembro de 2021, que não apenas revogou a Lei n. 7.170, de 14 de dezembro de 1983, a “Lei de Segurança Nacional”, mas acrescentou o Título XII na Parte Especial do Código Penal Comum, parindo os crimes contra o Estado Democrático de Direito.

Entre os novos crimes comuns, há o tipo penal do art. 359-R do Código Penal Comum, que tipifica o crime de sabotagem, o qual será abordado nas linhas seguintes, com o objetivo de, ao final, verificar a possibilidade de sua configuração como crime militar, utilizando-se o método hipotético-dedutivo, mas transitando em alguns elementos fundamentais do tipo penal, assim como identificando possíveis conflitos aparentes.

2 TORNEANDO O CRIME COMUM DE SABOTAGEM (ART. 359-R DO CP)

O delito de sabotagem, como acima mencionado, está capitulado no art. 359-R do Código Penal, com a seguinte descrição típica:

Art. 359-R. Destruir ou inutilizar meios de comunicação ao público, estabelecimentos, instalações ou serviços destinados à defesa nacional, com o fim de abolir o Estado Democrático de Direito:
Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.

Como os demais crimes do novel Título XII, trazidos pela Lei n. 14.197, de 1º de setembro de 2021, tutela o Estado Democrático de Direito.

O Estado Brasileiro, constitucionalmente, consagra-se como um Estado Democrático de Direito (art. 1º, CF), concepção que já possuía, por óbvio, tutela jurídica, mas que, agora, de maneira bem definida, ganhou tutela penal, constituindo-se em bem jurídico-penal.

Em verdade, são duas adjetivações que se complementam: Estado de Direito e Estado Democrático.

Na visão de Alexandre de Moraes, o Estado de Direito:

[...] caracteriza-se por apresentar as seguintes premissas: (1) primazia da lei, (2) sistema hierárquico de normas que preserva a segurança

jurídica e que se concretiza na diferente natureza das distintas normas e em seu correspondente âmbito de validade; (3) observância obrigatória da legalidade pela administração pública; (4) separação de poderes como garantia da liberdade ou controle de possíveis abusos; (5) reconhecimento da personalidade jurídica do Estado, que mantém relações jurídicas com os cidadãos; (6) reconhecimento e garantia dos direitos fundamentais incorporados à ordem constitucional; (7) em alguns casos, a existência de controle de constitucionalidade das leis como garantia ante o despotismo do Legislativo.

Assim, existirá o Estado de Direito onde houver a supremacia da legalidade, ou para o direito inglês a *The Rule of Law*, para o direito francês o *État Legal*, para o direito alemão o *Rechtsstaat*, ou ainda, a *always under law* do direito norte-americano¹.

Frise-se, o Estado Democrático é pautado pela lei, mas não qualquer lei, uma lei que tenha a legitimidade popular, ainda que por via indireta, em que se encaixa o Estado Democrático.

Sim, porque não estará em alinhamento com a expressão um Estado regido por uma lei imposta por um processo nada participativo, sem que se faça presente a titularidade do povo, uma lei vigente como fruto de um processo ditatorial. Não por

¹ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas (Grupo GEN), 2021, p. 36.

acaso, replicando os postulados de Sieyès², o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal dispõe que “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

Voltando a Alexandre de Moraes:

Por outro lado, e de maneira complementar, a defesa de um Estado Democrático pretende, precipuamente, afastar a tendência humana ao autoritarismo e à concentração de poder. Como ensina Giuseppe de Vergottini, o estado autoritário, em breve síntese, caracteriza-se pela concentração no exercício do poder, prescindindo do consenso dos governados e repudiando o sistema de organização liberal, principalmente a separação das funções do poder e as garantias individuais [...].

O Estado Democrático de Direito, caracterizador do Estado Constitucional, significa que o Estado se rege por normas democráticas, com eleições livres, periódicas e pelo povo, bem como o respeito das autoridades públicas aos direitos e garantias fundamentais é proclamado, por exemplo, no caput do art. 1º da Constituição da República Federativa do Brasil, que adotou, igualmente, em seu parágrafo único, o denominado princípio democrático ao afirmar que “todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”, para mais adiante, em seu art. 14, proclamar que “a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor

² Refere-se ao padre (abade) francês Emmanuel Joseph Sieyès (1748-1836), com sua obra *Qu'est-ce que le tiers état?* (no Brasil “A Constituição Burguesa”, que consagra a teoria da titularidade popular do poder).

igual para todos, e, nos termos da lei, mediante:
I – plebiscito; II – referendo; III – iniciativa popular”³.

Enfim, o que se quer é um Estado com submissão de todos à lei, mas uma lei parida por um processo que garanta a participação de todos os cidadãos, de forma direta ou indireta.

Particularmente no crime de sabotagem, sua rubrica requer uma especificação dentro desse maior espectro do Estado Democrático de Direito. A rubrica do delito indica que se deve ter em consideração a proteção de meios essenciais ao funcionamento do Estado, os quais, uma vez afetados implicam em ineficiência de atuação do Estado Democrático de Direito.

A palavra *sabotagem* vem do francês *sabot*, que significa tamanco e conforme Dicionário Etimológico:

[...] surgiu a partir da revolução industrial e aparentemente se originou do ato de trabalhadores grevistas e descontentes que intencionalmente jogavam seus tamancos nas máquinas para causar danos e paralisações. É possível que o termo esteja associado também ao ato desleixado de caminhar ruidosamente, arrastando os tamancos⁴.

³ MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas (Grupo GEN), 2021, p. 36.

⁴ Dicionário Etimológico. Disponível em: <https://www.dicionarioetimologico.com.br/sabotagem/>. Acesso em: 09 jan. 2022.

Assim, desde a sua origem, tem a conotação de destruir ou inutilizar, de maneira voluntária, um processo de produção, em que o resultado não é alcançado.

Enfim, por “sabotagem, devemos entender a conduta que tem por finalidade destruir, inutilizar, deteriorar, prejudicar, impedir ou comprometer o funcionamento de determinados bens, meios ou serviços. Embora parte da nossa doutrina pareça entender que a sabotagem somente ocorre quando é feita de forma sorrateira, oculta e insidiosa, nada impede que seja praticada à vista de todos, inclusive mediante o emprego de violência ou grave ameaça à pessoa”⁵.

Aqui no tipo, igualmente, tutela-se um meio, uma instalação, um serviço, que se propõe a determinado resultado, mas com a finalidade de produzir resultados na defesa do País, a *defesa nacional*, especialmente no caso de *estabelecimentos, instalações ou serviços destinados à defesa nacional*.

Não se olvide que compete à União assegurar a defesa nacional, nos termos do inciso III do art. 21 da Constituição Federal, de maneira que se impõe um dever de garantia, o que permite considerar a defesa do País como um valor, em si, com dignidade constitucional, tanto que a Lei Maior dedicou uma subseção específica na Seção V do Capítulo II, que trata do

⁵ GRECO, Rogério. *Terrorismo: comentários à Lei nº 13. 260/2016*. Rio de Janeiro: Impetus. 2019, p. 277.

Poder Executivo, para idealizar o Conselho de Defesa Nacional, a partir do seu art. 91.

O Conselho de Defesa Nacional dispõe o mencionado artigo: “[...] é órgão de consulta do Presidente da República nos assuntos relacionados com a soberania nacional e a defesa do Estado democrático, e dele participam como membros natos” o Vice-Presidente da República, o Presidente da Câmara dos Deputados, o Presidente do Senado Federal, Ministro da Justiça, o Ministro de Estado da Defesa, o Ministro das Relações Exteriores, o Ministro do Planejamento e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica. Possui por atribuição (art. 91, § 1º, da CF) opinar nas hipóteses de declaração de guerra e de celebração da paz, nos termos da Constituição; opinar sobre a decretação do estado de defesa, do estado de sítio e da intervenção federal; propor os critérios e condições de utilização de áreas indispensáveis à segurança do território nacional e opinar sobre seu efetivo uso, especialmente na faixa de fronteira e nas relacionadas com a preservação e a exploração dos recursos naturais de qualquer tipo; estudar, propor e acompanhar o desenvolvimento de iniciativas necessárias a garantir a independência nacional e a defesa do Estado democrático. Sua organização e funcionamento, ademais, estão na Lei n. 8.183 de 11 de abril de 1991.

Enfim, inegável que a defesa nacional, pelo tratamento constitucional dado, com criação de órgão específico de tutela, é de extrema relevância para o Estado Democrático de Direito e é incorporada na tutela pretendida pelo crime de sabotagem.

No que se refere ao sujeito ativo do delito, analisando o tipo penal em comento, verifica-se que pode ser ele qualquer pessoa, civil ou militar, nacional ou estrangeiro, o que permite sua classificação, quanto à sujeição ativa, como crime comum. Trata-se, ainda, de crime monossujeetivo ou de concurso eventual.

Deve-se anotar que, em se concluindo por crime militar extravagante, o julgamento de civis pela Justiça Militar da União ainda pode conhecer nova compreensão, pois pende no Supremo Tribunal Federal a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 289, ajuizada em 2013, pela Procuradoria-Geral da República, conforme Informativo do STF de 22 de agosto de 2013:

[...] em que pede que seja dada ao artigo 9º, incisos I e III, do Código Penal Militar (CPM, Decreto-Lei nº 1.001/1969), interpretação conforme a Constituição Federal (CF) de 1988, a fim de que seja reconhecida a incompetência da Justiça Militar para julgar civis em tempo de paz e que esses crimes sejam submetidos a julgamento pela Justiça comum, federal ou estadual⁶.

⁶ Cf Informativo do STF de 22 de agosto de 2013. Disponível em:

O sujeito passivo, titular do bem jurídico aviltado é o Estado, como sói acontecer com os delitos do Título XII do Código Penal.

Ingressando propriamente nos elementos que constituem o tipo penal, tem-se por primeiro verbo nuclear *destruir*, no tipo significando exterminar, fazer desaparecer, demolir, ou seja, empregar violência física sobre a coisa chegando ao seu perecimento.

Em sequência, tem-se *inutilizar*, que é fazer com que o objeto da conduta não se preste mais ao seu fim, fazer perder a utilidade para a qual foi concebida, total ou parcialmente. Claro que em última análise, destruir é também inutilizar, pois um objeto destruído não se presta ao seu fim, mas, talvez, o tipo, aqui especificamente, tenha desejado separar da destruição, que pressupõe quase sempre a ação física, outras formas de tornar a coisa inservível sem necessariamente o emprego de força física, como um ataque de *hackers*.

A inutilização ou destruição recai sobre *meios de comunicação ao público, estabelecimentos, instalações ou serviços destinados à defesa nacional*, objetos materiais do delito.

Meios de comunicação são veículos de transmissão de informação, no caso do tipo, destinados ao público em geral, mas não necessariamente de propriedade do Poder Público. Basta que haja a finalidade de trasladar informações, notícias etc., como o caso dos correios, telégrafos, internet, televisão, radiodifusão etc.

Estabelecimentos, instalações ou serviços devem ser destinados à defesa nacional, ou seja, à defesa territorial do País, muito provavelmente ligados à atuação das Forças Armadas, instituição cuja missão precípua é a defesa da Pátria, como descrito no *caput* do art. 142 da Constituição Federal.

Estabelecimento é órgão físico onde se desenvolve a atividade de defesa nacional, a exemplo de quartel. *Instalação*, embora também física, dá a conotação de não ser autônoma na sua existência e gestão, como, por exemplo, uma estação de pesquisa que estará atrelada a um órgão. Direcionado o ataque a qualquer deles, poderá a conduta ser subsumida neste tipo penal.

Serviços, por seu turno, transcende a compreensão física, abrangendo concepções ideais, imateriais, geralmente compreendidos por um sistema informatizado ou similar, a exemplo de sistemas de proteção de defesa ou de vigilância do território nacional. Faz todo sentido, aqui, o emprego do verbo nuclear *inutilizar*, que não se limita à concepção física, como,

por exemplo, repita-se, um ataque *hacker* que comprometa um sistema de vigilância.

O elemento subjetivo do crime é apenas o dolo, a intenção, a vontade livre e consciente de sabotar, pela destruição ou inutilização, meios de comunicação ao público, estabelecimentos, instalações ou serviços destinados à defesa nacional. Há, notadamente, elemento subjetivo especial do tipo, marcado pela finalidade de abolir o Estado Democrático de Direito.

O crime se consuma com a prática da sabotagem, efetivando-se a destruição ou inutilização. Sob este enfoque o crime seria material, mas, tendo em conta que o fim último é abolir o Estado Democrático de Direito, o entendemos como delito formal, pois este resultado não é exigido para a consumação.

Possível se mostra a tentativa, tratando-se de crime plurissubsistente.

Derradeiramente, a tornear as principais características do delito e de sua persecução, trata-se de crime de ação penal de iniciativa pública incondicionada, não havendo maiores discussões se se entender possível a existência de crime militar.

3 POSSÍVEIS CONFLITOS APARENTES EM RELAÇÃO AO CRIME DE SABOTAGEM

Alguns conflitos aparentes podem ser identificados diante do novo tipo penal. As condutas acima torneadas são direcionadas a um fim, o fim de abolir o Estado Democrático de Direito e é justamente aqui que os conflitos aparentes se resolvem.

Tomem-se alguns desses conflitos, tendo por diploma de cotejo o Código Penal Militar e o crime de terrorismo, com a solução, em sequência, proposta.

O primeiro possível está em relação ao crime de incêndio do Código Penal Militar (art. 268):

CP (LEI N. 14.197/2021)	CPM
Sabotagem Art. 359-R. Destruir ou inutilizar meios de comunicação ao público, estabelecimentos, instalações ou serviços destinados à defesa nacional, com o fim de abolir o Estado Democrático de Direito: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos. .	Incêndio Art. 268. Causar incêndio em lugar sujeito à administração militar, expondo a perigo a vida, a integridade física ou o patrimônio de outrem: Pena – reclusão, de três a oito anos. § 1º A pena é agravada: Agravação de pena I – se o crime é cometido com intuito de obter vantagem pecuniária para si ou para outrem; II – se o incêndio é: a) em casa habitada ou destinada a habitação;

	<p>b) em edifício público ou qualquer construção destinada a uso público ou a obra de assistência social ou de cultura;</p> <p>c) em navio, aeronave, comboio ou veículo de transporte coletivo;</p> <p>d) em estação ferroviária, rodoviária, aeródromo ou construção portuária;</p> <p>e) em estaleiro, fábrica ou oficina;</p> <p>f) em depósito de explosivo, combustível ou inflamável;</p> <p>g) em poço petrolífero ou galeria de mineração;</p> <p>h) em lavoura, pastagem, mata ou floresta.</p> <p>§ 2º Se culposo o incêndio: Incêndio culposo Pena – detenção, de seis meses a dois anos.</p>
--	---

Também é possível identificar aparente conflito com o crime militar de explosão:

CP (LEI N. 14.197/2021)	CPM
<p>Sabotagem Art. 359-R. Destruir ou inutilizar meios de comunicação ao público, estabelecimentos, instalações ou serviços destinados à defesa nacional, com o fim de abolir o Estado Democrático de Direito: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.</p>	<p>Explosão Art. 269. Causar ou tentar causar explosão, em lugar sujeito à administração militar, expondo a perigo a vida, a integridade ou o patrimônio de outrem: Pena – reclusão, até quatro anos. Forma qualificada § 1º Se a substância utilizada é dinamite ou outra de efeitos análogos: Pena – reclusão, de três a oito anos. Agravação de pena § 2º A pena é agravada se ocorre</p>

	<p>qualquer das hipóteses previstas no § 1º, n. I, do artigo anterior, ou é visada ou atingida qualquer das coisas enumeradas no n. II do mesmo parágrafo.</p> <p>§ 3º Se a explosão é causada pelo desencadeamento de energia nuclear: Pena – reclusão, de cinco a vinte anos. Modalidade culposa</p> <p>§ 4º No caso de culpa, se a explosão é causada por dinamite ou substância de efeitos análogos, a pena é detenção, de seis meses a dois anos; se é causada pelo desencadeamento de energia nuclear, detenção de três a dez anos; nos demais casos, detenção de três meses a um ano.</p>
--	--

A vez do crime de atentado contra serviço de utilidade militar:

CP (LEI N. 14.197/2021)	CPM
<p>Sabotagem Art. 359-R. Destruir ou inutilizar meios de comunicação ao público, estabelecimentos, instalações ou serviços destinados à defesa nacional, com o fim de abolir o Estado Democrático de Direito: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.</p>	<p>Atentado contra serviço de utilidade militar Art. 287. Atentar contra a segurança ou o funcionamento de serviço de água, luz, força ou acesso, ou qualquer outro de utilidade, em edifício ou outro lugar sujeito à administração militar: Pena – reclusão, até cinco anos. Parágrafo único. Aumentar-se-á a pena de um terço até metade, se o dano ocorrer em virtude de subtração de material essencial ao funcionamento do serviço.</p>

Compare-se, agora, o delito em estudo com o crime militar de interrupção ou perturbação de serviço ou meio de comunicação:

CP (LEI N. 14.197/2021)	CPM
<p>Sabotagem Art. 359-R. Destruir ou inutilizar meios de comunicação ao público, estabelecimentos, instalações ou serviços destinados à defesa nacional, com o fim de abolir o Estado Democrático de Direito:</p> <p>Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.</p>	<p>Interrupção ou perturbação de serviço ou meio de comunicação Art. 288. Interromper, perturbar ou dificultar serviço telegráfico, telefônico, telemétrico, de televisão, telepercepção, sinalização, ou outro meio de comunicação militar; ou impedir ou dificultar a sua instalação em lugar sujeito à administração militar, ou desde que para esta seja de interesse qualquer daqueles serviços ou meios:</p> <p>Pena – detenção, de um a três anos.</p>

Sobre o possível choque dos crimes militares acima indicados com o crime de sabotagem (art. 359-R do CP), adere-se à visão de Rogério Sanches e de Ricardo Silveiras:

É inegável que o crime de sabotagem do Título XII do CP poderá ser praticado por algumas das formas descritas nos artigos do CPM acima transcritos. Porém, nesse caso, o conflito aparente de normas – que existe – deve ser resolvido por meio da especialidade, ligado à tutela dos bens jurídicos: sempre que o militar cometer ato de sabotagem que possam, em tese, encontrar subsunção nos dois Códigos, será aplicado o art. 359-R do CP, se o objetivo for atentar contra os serviços essenciais e desse

modo abalar o Estado Democrático de Direito. Ausente tal finalidade da conduta, será aplicado o disposto no Código militar que corresponda ao fato cometido⁷.

Finalmente, há que se comparar o crime de sabotagem com o crime de terrorismo, especificamente no disposto no inciso IV do § 1º do art. 2º da Lei n. 13.260, de 16 de março de 2016:

CP (LEI N. 14.197/2021)	CPM
<p>Sabotagem Art. 359-R. Destruir ou inutilizar meios de comunicação ao público, estabelecimentos, instalações ou serviços destinados à defesa nacional, com o fim de abolir o Estado Democrático de Direito: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos.</p>	<p>Art. 2º O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. § 1º São atos de terrorismo: I - usar ou ameaçar usar, transportar, guardar, portar ou trazer consigo explosivos, gases tóxicos, venenos, conteúdos biológicos, químicos, nucleares ou outros meios capazes de causar danos ou promover destruição em massa; II - (VETADO); III - (VETADO); IV - sabotar o funcionamento ou apoderar-se, com violência, grave ameaça a pessoa ou servindo-se de mecanismos cibernéticos, do controle</p>

⁷ CUNHA, Rogério Sanches; SILVARES, Ricardo. *Crimes contra o estado democrático de direito*. Salvador: Jus Podivm, 2021, p. 210.

	<p>total ou parcial, ainda que de modo temporário, de meio de comunicação ou de transporte, de portos, aeroportos, estações ferroviárias ou rodoviárias, hospitais, casas de saúde, escolas, estádios esportivos, instalações públicas ou locais onde funcionem serviços públicos essenciais, instalações de geração ou transmissão de energia, instalações militares, instalações de exploração, refino e processamento de petróleo e gás e instituições bancárias e sua rede de atendimento;</p> <p>V - atentar contra a vida ou a integridade física de pessoa:</p> <p>Pena - reclusão, de doze a trinta anos, além das sanções correspondentes à ameaça ou à violência.</p> <p>§ 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei.</p>
--	---

A primeira distinção está na objetividade jurídica dos delitos em confronto. No do art. 359-R, como vimos, tutela-se o Estado Democrático de Direito, pelo viés da defesa nacional, vulnerável que ficará com os ataques a meios de comunicação, instalações, serviços etc., importantes para a defesa do país. No

crime de terrorismo, por sua, vez, não se enfoca a defesa nacional, mas a paz pública⁸.

No crime do art. 359-R do CP, ademais, o sujeito passivo é o Estado, enquanto se tem como sujeito passivo no crime de terrorismo a coletividade (crime vago).

Por fim, embora a conduta descrita no inciso IV do § 1º do art. 2º da Lei de Terrorismo possa coincidir com aquela descrita no crime do art. 359-R do CP, especialmente porque aquele dispositivo utiliza-se do verbo nuclear *sabotar*, que se refere ao nomen juris deste, *sabotagem*, o elemento subjetivo os distanciam.

No crime de terrorismo, o agente tem dupla finalidade, agindo por xenofobia (aversão a estrangeiros), discriminação (qualquer tipo de distinção, preferência etc. negativo e projetado para o exterior do indivíduo) ou preconceito (uma discriminação interior) de raça (caracteres físicos ou biológicos), cor (tonalidade epidérmica), etnia (agrupamento humano com traços em comum, como cultura e língua) e religião (crença, ritualística, regras sociais, emotividade etc.), mas principalmente a finalidade de provocar o terror (medo, desespero) social (em um determinado grupo) ou generalizado (número indistinto de pessoas). No crime de sabotagem, por sua vez, os elementos de

⁸ LIMA, Renato B. de. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: Jus Podivm, 2020, p. 927.

preconceito estão ausentes e a finalidade última é abolir, destruir, o Estado Democrático de Direito.

Em linha muito próxima estão Rogério Sanches e Ricardo Silveiras:

Tudo dependerá do elemento subjetivo, que resolverá, pela especialidade, o conflito.

[...].

As finalidades, assim como os bens jurídico tutelados pelos dois tipos são, assim, totalmente diversas, tendo o legislador separado as duas condutas em corpos legislativos distintos, considerando muito mais grave a ação de promover o terror, como se verifica pela sanção cominada⁹.

Sobrevivem, portanto, os dois crimes.

4 CRIME MILITAR EXTRAVAGANTE DE SABOTAGEM?

Urge, enfim, investigar se o crime de sabotagem pode se constituir em crime militar, neste caso um crime militar extravagante, ou seja, previsto fora do Código Penal Militar, como já foram rotulados esses delitos¹⁰, que, é bom que se

⁹ CUNHA, Rogério Sanches; SILVARES, Ricardo. *Crimes contra o estado democrático de direito*. Salvador: Jus Podivm, 2021, p. 212.

¹⁰ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, n. 126, p. 23-28, set./dez. 2017.

ressalte, integram o universo dos crimes impropriamente militares.

Perfeitamente possível a adjectivação do crime de sabotagem como militar (crime militar extravagante), bastando a subsunção da conduta a uma das hipóteses do art. 9º do CPM, particularmente em seu inciso II.

Nessas hipóteses, a que parece mais segura é aquela trazida pela alínea “e”, em que se grafa o crime militar quando atente contra o patrimônio sob administração militar ou à ordem administrativa militar, esta a que, de fato, permite a adjectivação.

A expressão *ordem administrativa militar* é idêntica à que existia na alínea “e” do inciso II do art. 6º do anterior Código Penal Militar, o Decreto-Lei n. 6.227, de 24 de Janeiro de 1944, e, partindo deste ponto, lembra Ênio Luiz Rossetto:

O legislador não foi feliz ao utilizar a expressão *ordem administrativa militar*. Silvio Martins Teixeira, ao comentar o Código Penal Militar de 1944, lembrava que no Código Penal Militar de 1891 havia o Título denominado *Dos crimes contra a ordem econômica e administrativa militar*, que o Código de 1944 mudou para *Dos crimes contra a administração militar*. Há controvérsia na doutrina. Jorge Alberto Romeiro entende que são crimes contra a *ordem administrativa militar* os crimes dos Títulos VII (*Dos crimes contra a administração militar*) e VIII (*Dos crimes contra a administração da Justiça Militar*) e conclui que a expressão não pode ser aceita porque os bens jurídicos tutelados nos dois Títulos acima referidos são diversos,

não se confundem: no primeiro, é o funcionamento da Administração Militar; no segundo, é o funcionamento da Justiça Militar. Nesse passo, com a devida vênia, tem razão Célio Lobão quando define que o crime contra a *ordem administrativa militar* é aquele que “atinge a organização, a existência e a finalidade das Forças Armadas, bem como seu prestígio moral”. A expressão *ordem administrativa militar* tem sentido mais amplo¹¹.

Com efeito, Jorge Alberto Romeiro¹² prefere o caminho da enumeração dos crimes contra a ordem administrativa militar e não o da definição da expressão, opção diversa de Célio Lobão¹³, que busca conceituar na forma apontada por Rossetto ou, mais recentemente, como “conjunto de leis, regulamentos, atos legais de autoridade militar competente, indispensável ao funcionamento das instituições militares, ao cumprimento da sua destinação constitucional ou legal”.

Cláudio Amin Miguel e Ione de Souza Cruz unem os dois critérios, ou seja, buscam definir a expressão, mas indicam também quais crimes a preencheriam:

A ordem administrativa militar diz respeito às infrações que atingem a organização, existência e finalidade das Forças Armadas, bem como o prestígio moral da administração militar. Esses

¹¹ ROSSETTO, Ênio Luiz. *Código Penal Militar comentado*. São Paulo: RT, 2015, p. 125-6.

¹² ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar: Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 82.

¹³ LOBÃO, Célio. *Comentários ao Código Penal Militar*. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 120.

delitos encontram-se elencados nos artigos 298 a 339 do Código Penal Militar¹⁴.

Adriano Alves-Marreiros, Guilherme Rocha e Ricardo Freitas incursionaram com mais detalhes na expressão, na seguinte senda:

O conceito de ordem administrativa militar é um pouco mais amplo e vai versar sobre tudo que puder causar transtorno à administração militar, ou, no dizer de Célio Lobão:

“(...) segundo decidiu o Supremo Tribunal Federal, são infrações que atingem a organização, a existência e finalidade das Forças Armadas, bem como o prestígio moral da administração militar (HC n. 39.412, RTJ 24/39)”.

Bem elucidativo e difícil de refutar, ao menos racionalmente. Dentre outras hipóteses, podemos destacar a fé pública da administração militar que estará em xeque sempre que houver um crime de *falsum* relativo a documentos cuja expedição caiba à administração militar, ainda que em atribuições diversas de sua atividade-fim (...)¹⁵.

Assiste razão a Marreiros, Rocha e Freitas, assim como a Rossetto, ao buscarem ampliar a compreensão da expressão, de maneira que não se deve limitar sua aplicação apenas em determinados tipos de crimes, com foco na capitulação trazida pelo CPM, mormente após a Lei n. 13.491/17, que permite a

¹⁴ CRUZ, Ione Souza; MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar*: parte geral. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 47.

¹⁵ ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA RAMOS, Guilherme da; FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. *Direito penal militar – Teoria crítica & prática*. São Paulo: Método, 2015, p. 125.

configuração de crimes militares sequer previstos no Código Castrense. Os que buscavam a limitação pela enumeração de um rol, em outros termos, perderam a premissa de raciocínio, qual seja, a de que todo crime militar deveria estar capitulado no CPM.

Resuma-se, portanto, que o crime de sabotagem – como os demais crimes contra o Estado Democrático de Direito –, quando afrontar a ordem administrativa militar, será passível de enquadramento na alínea “e” do inciso II do art. 9º do CPM, quando os sujeitos ativos forem militares da ativa. Ordem administrativa militar, por sua vez, é compreendida como a própria harmonia da instituição, abrangendo sua administração, o decoro de seus integrantes etc. Delitos contra a ordem administrativa militar, repise-se, são “as infrações que atingem a organização, existência e finalidade da instituição, bem como o prestígio moral da administração”¹⁶.

Exemplificativamente, o militar federal responsável pelo gerenciamento de um sistema de vigilância territorial pode sabotá-lo, destruindo ou inutilizando-o propositadamente, para abolir o Estado Democrático de Direito e implantar no país regime próximo ao de um outro país de governo ditatorial que admire ideologicamente.

¹⁶ STF, Pleno, *Habeas Corpus* n. 39.412/RJ, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 12.09.1962.

Neste caso, ferirá de morte seu compromisso constitucional de defesa da Pátria, grafado no art. 142 da Lei Maior, portanto, estará ferindo gravemente a ordem administrativa militar, podendo ter sua conduta subsumida na alínea “e” do inciso II do art. 9º do Código Castrense, configurando-se o crime militar extravagante de sabotagem.

Não é outra a pioneira visão de Rogério Sanches e Ricardo Silves, que assimilaram, inclusive, a expressão *crimes militares extravagantes*:

Assim, quando, na situação do art. 9º do CPM, um militar cometer qualquer conduta dentre as previstas no CP, salvo os crimes dolosos contra a vida, estará cometendo crime militar *extravagante*, assim chamado por estar tipificado em diploma legal diverso do Código castrense. Logo, os crimes do novo Título XII, em tais circunstâncias, serão considerados crimes militares, de competência da Justiça Militar¹⁷.

5 CONCLUSÃO

A Lei n. 13.491/2017 foi uma importante inovação para o Direito Castrense, permitindo que as inovações ocorridas no Direito Penal comum, no que concerne aos tipos penais, possam aportar imediatamente no Direito Penal Militar, uma vez que, ao menos potencialmente, os crimes previstos apenas na lei penal

¹⁷ CUNHA, Rogério Sanches; SILVARES, Ricardo. *Crimes contra o estado democrático de direito*. Salvador: Jus Podivm, 2021, p. 202-3.

comum podem ganhar a qualidade de militares, diante da prática em uma das alíneas do inciso II do art. 9.º do Estatuto Repressivo Criminal Militar.

Nesse cenário, exige-se a análise dos novos crimes contra o Estado Democrático de Direito, a fim de se verificar se ditos crimes podem ser adjetivados como militares.

Particularmente, no que se refere ao crime de sabotagem, art. 359-R do CP, entende-se, como demonstrado neste estudo, ser perfeitamente possível sua caracterização como crime militar, um crime militar extravagante que, como tal, constitui-se em crime impropriamente militar.

O “portal” que permite essa adjetivação é a alínea “e” do inciso II do art. 9º do CPM, compreendendo-se que a conduta afronta a ordem administrativa militar, conceituada em largas palavras como o regular funcionamento da instituição militar no que concerne à sua administração, seu decoro, seu mister constitucional etc.

A Constituição Federal, à evidência, reservou um papel de extrema relevância aos militares, seja na defesa da Pátria, na garantia dos poderes constitucionais e da lei e da ordem (art. 142 da CF), seja na preservação da ordem pública (art. 144, § 5º, da CF), de sorte que, em sendo esses garantes justamente os agressores do Estado Democrático de Direito, a merecida repressão penal deve tomar corpo pela Justiça Especializada,

que guarda, entre outros bens, a regularidade das instituições militares.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA RAMOS, Guilherme da; FREITAS, Ricardo de Brito Albuquerque Pontes. *Direito penal militar – Teoria crítica & prática*. São Paulo: Método, 2015.

CRUZ, Ione Souza; MIGUEL, Cláudio Amin. *Elementos de direito penal militar: parte geral*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CUNHA, Rogério Sanches; SILVARES, Ricardo. *Crimes contra o estado democrático de direito*. Salvador: Jus Podivm, 2021.

DICIONÁRIO ETIMOLÓGICO. *Sabotagem*. Disponível em: <https://www.dicionarioetimologico.com.br/sabotagem/>. Acesso em: 09 jan. 2022.

GRECO, Rogério. *Terrorismo: comentários à Lei nº 13.260/2016*. Rio de Janeiro: Impetus, 2019.

LIMA, Renato B. de. *Legislação criminal especial comentada*. Salvador: Jus Podivm, 2020.

LOBÃO, Célio. *Comentários ao Código Penal Militar*. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas (Grupo GEN), 2021.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. Inquietações na investigação criminal militar após a entrada em vigor da Lei n. 13.491, de 13 de outubro de 2017. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, n. 126, p. 23-28, set./dez. 2017.

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

ROSSETTO, Ênio Luiz. *Código Penal Militar comentado*. São Paulo: RT, 2015.

STF, Pleno. *Habeas Corpus n. 39.412/RJ*, Rel. Min. Gonçalves de Oliveira, j. 12.09.1962.

STF. *Informativo de 22 de agosto de 2013*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=246326>. Acesso em: 20 maio 2020.

Filme Tropa de Elite e o Direito Penal Militar: A (in)admissibilidade do Consentimento do Ofendido

Alessandro Marcello Gurjão Padilha

Cadete da Polícia Militar de Minas Gerais. Cabo da reserva da Polícia Militar da Paraíba. Soldado da Reserva do Exército Brasileiro. Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (UEPB). Especialista em Direito Penal pela Faculdade Venda Nova dos Imigrantes (FAVENI).

Data de recebimento: 10/04/2022

Data de aceitação: 28/04/2022

RESUMO: O Direito Militar é um ramo da Ciência Jurídica muitas vezes relegado nas discussões dentro das Universidades, sequer chegando a ter uma Disciplina voltada ao seu estudo. Assim, este trabalho visa dar ênfase às pesquisas jurídico militares, buscando levantar questões que raramente são debatidas e ainda permanecem controversas, quanto a sua aplicabilidade diante das especificidades, nas quais o direito militar encontra-se envolto. O Filme Tropa de Elite, dirigido por José Padilha, mostra diversas agressões realizadas pelos instrutores nos alunos que se dispuseram a realizar o Curso de Operações Especiais. A partir do fato demonstrado nessa obra cinematográfica, podemos levantar alguns questionamentos jurídicos, tentando observar se essas agressões, caso fossem

perpetradas no mundo dos fatos, encontrariam respaldo legal suficiente para reconhecer alguma das causas excludentes de ilicitude. Assim, o presente estudo buscou, por meio de pesquisa bibliográfica (como livros, legislação vigente e noticiários) verificar se o contexto retratado no filme é vivenciado nos treinamentos militares realizados no Brasil. Ao final, diante do material verificado, a pesquisa terminou por concluir pela inviabilidade da aplicação do instituto do consentimento do ofendido nos cursos realizados nas forças militares, tendo em vista que, durante o adestramento da tropa, não é possível falar na dissociação do treinamento em relação à Hierarquia e Disciplina, estes que são requisitos basilares da caserna, o que faz perpetrar uma ofensa direta à instituição militar.

PALAVRAS-CHAVE: filme Tropa de Elite; Direito Penal Militar; excludentes de ilicitude; Consentimento do Ofendido; inadmissibilidade.

ENGLISH

TITLE: Elite Tropa film and Military Criminal Law: The (in)admissibility of the Consent of the Offended.

ABSTRACT: Military Law is a branch of Legal Science often relegated in discussions within universities, even having a Discipline focused on its study. Thus, this work aims to emphasize military legal research, seeking to raise issues that are rarely debated and still remain controversial as to its applicability in the face of the specificities in which military law is involved. The Film Tropa de Elite, directed by José Padilha, shows several assaults carried out by the instructors to students who were willing to take the Special Operations Course. From the fact demonstrated in this cinematographic work, we can raise some legal questions, trying to observe whether these

aggressions, if perpetrated in the world of facts, would find sufficient legal support to recognize any of the excluding causes of illegality. Thus, the present study sought, through bibliographical research (such as books, current legislation and news reports) to verify if the context portrayed in the film is experienced in military training conducted in Brazil. At the end, in view of the material verified, the research ended up concluding that the application of the institute of the consent of the offended in the courses carried out in the military forces, considering that, during the training of the troops, it is not possible to speak of the dissociation of training and hierarchy and discipline, which are basic requirements of the barracks, which makes a direct offense to the military institution.

KEYWORDS: Elite Troop movie; Military Criminal Law; excluding ilicitude; consent of the offended; inadmissibility.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Desenvolvimento – 2.1 Consentimento do ofendido – 2.2 Direito penal militar – 2.3 (In)aplicabilidade do consentimento do ofendido no direito penal militar – 2.4 Agressões retratadas no filme tropa de elite e possível violação da hierarquia e da disciplina militar – 3 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O Filme Tropa de Elite, que ganhou grande repercussão entre os brasileiros no final de 2007, baseou-se em um enredo que buscava demonstrar a luta diária dos policiais militares do Rio de Janeiro, integrantes do Batalhão de Operações Especiais

– BOPE. A obra cinematográfica buscava contar, além das dificuldades e casos de corrupção existentes na polícia carioca, o trabalho e o treinamento dos policiais do BOPE.

Durante o treinamento, José Padilha, diretor do filme supracitado, encenou diversos tipos de agressões (tapas, chutes, socos, empurrões etc.). Diante de um rápido raciocínio, é possível afirmar que as referidas agressões físicas encenadas no filme não se enquadram em uma das hipóteses de Exclusão da Ilicitude previstas no Art. 42 do Código Penal Comum – CP ou do Art. 23 do Código Penal Militar – CPM. Ambos os dispositivos têm a previsão de excluir a conduta criminosa se esta for exercida em Estado de Necessidade, Legítima Defesa, Estricto Cumprimento de Dever Legal ou no Exercício Regular de Direito.

Assim, cumpre a reflexão acerca da possibilidade, no âmbito do Direito Penal Militar, da aplicabilidade, ou não, da causa supralegal de excludente da ilicitude pelo Consentimento do Ofendido. Não resta dúvida da sua aceitabilidade no âmbito do Direito Criminal Comum, mas será que ela se adaptaria às peculiaridades do Direito Penal Militar?

2 DESENVOLVIMENTO

2.1 Consentimento do Ofendido

Para iniciar o presente estudo, é imperativo o domínio dos requisitos necessários para que o consentimento do ofendido possa ser reconhecido como uma causa de exclusão da ilicitude. Assim, faremos uma breve explanação e esclarecimentos das exigências, reconhecidas doutrinariamente, para que esse instituto possa ser reconhecido.

Basicamente, conforme as lições de CUNHA (2016), são oito os requisitos para o seu reconhecimento:

- (a) o não consentimento não pode integrar o tipo penal, sob pena do desaparecimento do tipo penal. Esse requisito pode ser exemplificado pela leitura do Art. 226 do Código Penal Militar: “Art. 226. Entrar ou permanecer, clandestina ou astuciosamente, ou contra a vontade expressa ou tácita de quem de direito, em casa alheia ou em suas dependências”. (grifo nosso);
- (b) o ofendido tem que ser capaz;
- (c) o consentimento deve ser válido, ou seja, deve existir liberdade e consciência no momento da emissão do consentimento, não podendo ser concedido, por exemplo, mediante coação ou fraude;
- (d) o bem deve ser disponível, tal instituto não será admitido quando houver algum tipo de interesse do Estado na sua tutela;
- (e) o bem deve ser próprio, portanto, não é possível consentir em lesão a bem de terceiro;

(f) o consentimento deve ser prévio ou simultâneo à lesão ao bem jurídico, como bem adverte Damásio de Jesus: “O consentimento deve ser manifestado antes ou durante a prática do fato. Se posterior, não tem força de excluir o crime, podendo valer como renúncia ou perdão nos casos de ação penal privada (CP, arts. 104 e 105)”. (JESUS, 2013, p. 443);

(g) o consentimento deve ser expresso;

(h) possuir a ciência da situação que autoriza a justificante, de modo que é preciso que o agente atue sabendo da autorização dada pela vítima.

Em suma, tal instituto mostra-se como um verdadeiro acordo entre as partes. São exigidos como requisitos simultâneos que: o bem jurídico a ser violado seja um bem próprio e disponível; e que a pessoa que sofrerá a violação de direito esteja em pleno gozo de sua capacidade, ou seja, a anuência, de acordo com as regras existentes no Código Civil, deve ser considerada válida.

O início do Curso de Operações Especiais – COEsp, no Filme Tropa de Elite, retrata algumas cenas de agressões físicas. Entretanto, o comportamento dos Alunos parece demonstrar o instituto do consentimento do ofendido, tendo em vista que todos os discentes permanecem imóveis enquanto a equipe de instrução se desloca entre a tropa formada, aguardando se serão interpelados pelos instrutores. Ademais, a fala retratada pelo personagem do Cap Nascimento demonstra ser uma prática do referido curso que, provavelmente, os alunos já teriam conhecimento:

– Para quem não é iniciado, o BOPE parece uma seita. Mas temos que ser assim mesmo. Nossos homens são formados na base da porrada. Para entrar, o cara tem que provar que aguenta a pressão. De cada cem PMs no nosso curso, cinco chegam ao fim. Quando eu fiz o curso, foram só três. Nem o exército de Israel treina soldados como a gente. – Capitão Nascimento. (PADILHA, 2007, grifo nosso)

A realidade repassada pelo filme mostra o consentimento do ofendido a partir da voluntariedade que foi demonstrada, por exemplo, pelo Aspirante a Oficial Neto ao se inscrever no curso (já que, pela fala, acima citada, do Cap Nascimento, as agressões físicas aparentam ser de amplo conhecimento dos que querem participar do referido treinamento). Além disso, tal consentimento também pode ser representado a partir do fato de que a permanência no COEsp é voluntária, de modo que o aluno está livre para atender os apelos de “pede pra sair” que são emanados pelos instrutores.

2.2 Direito Penal Militar

Para tratar deste tema, é de suma importância que seja dada a devida relevância ao Direito Penal Militar sob o viés do Estado Democrático de Direito. A Constituição Federal vigente prevê que os militares terão algumas garantias relativizadas em razão das peculiaridades das atribuições que lhes são exigidas,

por exemplo: “Art. 142 [...] § 2º - Não caberá "habeas-corpus" em relação a punições disciplinares militares. §3º [...] IV - ao militar são proibidas a sindicalização e a greve; V - o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos”;

A Carta Magna demonstra a intenção do Poder Constituinte em preservar a atuação isenta das instituições militares mediante um rigoroso regramento, de modo a preservar a Hierarquia e a Disciplina, que são os pilares do militarismo. Realizando uma interpretação topográfica entre o Código Penal Comum e o Código Penal Militar, é possível verificar que eles destinam um grau de relevância distinto aos mesmos bens jurídicos.

Tal entendimento parte do fato de que a Parte Especial do Código Penal Comum prioriza a proteção da integridade física dos indivíduos, sobretudo a proteção à vida, ao prever o Homicídio (Art. 121, CP) como o seu primeiro delito. Noutro giro, o Código Penal Militar prevê como bem jurídico mais relevante a Segurança Externa do País, na qual a Hostilidade Contra País Estrangeiro (Art. 136, CPM) aparece como a primeira infração penal, e o Homicídio só vem a ser tipificado no Art. 205, CPM.

Pensamento similar ao nosso é externado por Cícero Robson Coimbra Neves:

Nesse contexto, a disciplina militar, assim como a hierarquia, constituem-se em bens jurídicos de interesse não apenas dos militares, mas de toda a sociedade, pois, como muito bem adverte Alves Marreiros, “devemos concluir que vem se comprovando a tese de que a preservação da hierarquia e da disciplina é essencial às liberdades e à democracia já que são elas que permitem manter o braço armado do Estado sob controle do poder civil e a ele subordinado”. (NEVES, 2021, p. 936)

Essa afirmação serve para corroborar o pensamento de que as instituições militares possuem valores que não são comuns à sociedade civil. Desta forma, os militares estão submetidos a um sistema de controle mais rígido que, muitas das vezes, possui valoração diversa em relação a bens jurídicos similares. Por esse mesmo motivo, é imperiosa uma clara delimitação quanto à aplicabilidade, ou não, de institutos (neste caso, o Consentimento do Ofendido) no Direito Penal Militar que sejam incontestavelmente reconhecidos pelo Direito Penal Comum.

2.3 (In)aplicabilidade do consentimento do ofendido no direito penal militar

As dúvidas quanto à admissibilidade, ou não, do consentimento do ofendido no Direito Penal Militar residem na previsão de que os crimes contidos no CPM, em regra, sejam

processados mediante Ação Penal Pública Incondicionada à Representação. Hipóteses diferentes ocorrem pela possibilidade, dada pela Constituição Federal, da Ação Penal Privada Subsidiária da Pública e para os crimes dos Arts. 136 ao 141, nos quais as Ações Penais dependerão de requisição do Ministro da Justiça ou Ministro da Defesa, a depender da condição do agente delitivo¹, se militar ou civil.

O fato de que a Ação Penal Militar só poderá ser promovida por denúncia do Ministério Público Militar é, sobretudo, pelos motivos já expostos, em virtude da importância em preservar a Hierarquia e a Disciplina. Mas será que todos os crimes militares são capazes de afetar os dois pilares do militarismo? Todos os bens jurídicos protegidos pelo Código Penal Militar são indisponíveis, inviabilizando a causa supralegal de exclusão da ilicitude pelo consentimento do ofendido?

Não nos parece correto o entendimento de que a Hierarquia e a Disciplina estarão presentes em toda a seara do Direito Penal Militar. Em consonância com nosso pensamento está a lição de Adriano Alves Marreiros:

¹ Quando o agente delitivo for militar, dependerá de requisição do Ministério Público Militar; e, quando ele for civil e não houver coautor militar, a requisição será do Ministério da Justiça.

Nem todo delito praticado entre militares da ativa presumivelmente ataca a hierarquia ou a disciplina, bastando aduzirmos às inúmeras decisões do STF, do STM e do STJ sobre a aplicação do princípio da insignificância em delitos militares, perpetrados por militares, de lesão corporal culposa, lesão corporal dolosa leve, furto, apropriação indébita, estelionato, receptação, dano e até peculato doloso. Fosse verdade que “todo crime militar praticado por militar atinge a hierarquia e a disciplina”, então nunca seria viável a aplicação do princípio da insignificância naqueles delitos. A falácia da onipresença da hierarquia e da disciplina nos delitos militares de qualquer esfera, seja quem forem os sujeitos ativo e passivo e quaisquer que sejam as circunstâncias do caso concreto, necessariamente obstaculizaria todo e qualquer reconhecimento do princípio da insignificância. (MARREIROS, 2015, p. 533)

Considerando que a ofensa à Hierarquia e à Disciplina nem sempre estará presente nos crimes militares, é de pressupor que o Consentimento do Ofendido possa ser reconhecido na seara do Direito Castrense. Destarte, o autor supracitado continua seu raciocínio quanto ao tema:

Estamos convencidos de que o consentimento do ofendido constitui um regular exercício do direito de dispor dos próprios bens jurídicos disponíveis. Seja como for, resta ausente a antijuridicidade de um comportamento eivado de costume militar frente, pelo menos, à normatização dos crimes militares contra a pessoa lesivos unicamente a bens jurídicos de quem consente (e. g., CPM, arts. 209, caput, e 213 a 217). Decerto, nenhuma validade terá o consentimento do militar A para que, sem justa causa, o militar B lese levemente o militar X,

sem que este para tanto consinta na ofensa à sua integridade física. Tampouco é juridicamente aceitável consentimento do ofendido frente a crimes contra a hierarquia, a disciplina, a autoridade, o serviço, o dever e a administração militares, bens jurídicos que repudiam toda e qualquer disponibilidade pensável. (MARREIROS, 2015, p. 533)

Para a finalidade à qual este artigo se destina, resta-nos pensar se as agressões físicas realizadas no contexto em que são apresentadas no Filme Tropa de Elite estariam, ou não, acobertadas pelo Consentimento do Ofendido. As agressões realizadas durante o adestramento da tropa teriam a capacidade de violar a Hierarquia e a Disciplina? Nessas hipóteses, o Consentimento do Ofendido poderia ser reconhecido como uma excludente da ilicitude?

2.4 Agressões retratadas no filme tropa de elite e possível violação da hierarquia e da disciplina militar

Parte do Filme Tropa de Elite retrata o planejamento e a execução do Curso de Operações Especiais. Durante reunião na sede do BOPE, o comandante do batalhão adverte os seus subordinados: “Não quero saber de tímpano perfurado em aula inaugural. Não quero mão cortada”. O contexto desses fatos não foi explicado, mas é possível subentender que teriam ocorrido durante a realização de cursos anteriores.

O referido treinamento, buscando a literatura em que o filme é baseado, mostra-se extremamente extenuante, o que é possível perceber no trecho do livro a Elite da Tropa:

Depois de cavalgar 100 quilômetros, sem arreio e sem descanso, mortos de fome e sede, completamente devastados pelo esgotamento físico, com as coxas e a bunda em carne viva, nós tínhamos a opção de sentar ou não na bacia com salmoura. A experiência mostrou que valia a pena sentar, mesmo ao preço de uma dor alucinante. Alguns desmaiavam de dor. Ainda assim, era melhor. Quem se poupava, no dia seguinte não conseguia nem se mexer: as feridas inflamadas, cobertas de pus; a coxa, o saco e a bunda inchados. Resultado: imobilizados, eram reprovados. (SOARES, 2006, p. 16)

Lembramos que não queremos levantar a discussão quanto às exigências, físicas e psicológicas, às quais os alunos são submetidos. Até porque acreditamos que o COEsp deva ter exigências não suportadas pela maioria dos policiais, tendo em vista que os concluintes serão empregados em situações com elevado grau de complexidade conforme afirma Paulo Storani:

O Curso de Operações Especiais é um programa de capacitação e treinamento, que tem por objetivo sociabilizar conhecimentos, desenvolver habilidades específicas e gerar atitudes próprias para os policiais que se submetem, voluntariamente, ao processo que os preparam para atuar como o último nível da “força” empregada pelo Estado. (STORANI, 2021, p. 50)

No início do curso, com os alunos em forma, após a ordem do comandante do BOPE dada aos “caveiras” para “avançar”, seguem-se algumas cenas de agressões físicas dos instrutores aos alunos. No decorrer do filme, outras cenas de violência são encenadas, e é nesse contexto que o presente estudo quer se debruçar quanto à existência, ou não, da possibilidade de reconhecimento do Consentimento do Ofendido; se tais condutas possuem o condão de ofender a Hierarquia e Disciplina.

Entendemos ser clara a relação existente entre alunos e instrutores do COEsp – retratada pelo filme *Tropa de Elite* – que sempre estará vinculada à Hierarquia e à Disciplina. Esse posicionamento se dá pelo pressuposto de que a Instituição Militar está “personificada” em seus instrutores. Trata-se de uma espécie de relação de superioridade que existe entre o corpo docente para com os discentes, tendo em vista que estes últimos estão obrigados ao acatamento das ordens emanadas pelos coordenadores do curso, visando ao bom andamento e à segurança durante as instruções.

Assim, agressões injustificadas, sobretudo quando desprovidas de qualquer contexto instrutório, estariam aptas a violar o regular funcionamento da administração militar e, nessas hipóteses, capazes de ensejar o cometimento de crimes militares, tendo em vista a incapacidade de reconhecer o

consentimento do ofendido diante da violação da ordem administrativa militar. As lesões corporais encenadas no filme possuem aptidão para ensejar algum tipo penal militar, conforme a tipicidade indireta dada pelo Art. 9º, Inciso II, alínea “a”, do CPM:

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

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados:

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

Entretanto, consultando bibliografia que também faz referência ao Curso de Operações Especiais da Polícia Militar do Rio de Janeiro, especificamente o COEsp realizado em 2006, é possível constatar que existem argumentos no sentido de que tais agressões não seriam capazes de afetar a Hierarquia e a Disciplina. Na verdade, as agressões seriam uma etapa necessária para a manutenção do equilíbrio psicológico e da formação profissional dos integrantes de uma tropa apta a lidar com ocorrências que exigem, em situações complexas, uma tomada de decisão correta em frações de segundo. Assim, no decorrer do curso Paulo Storani relata que:

Passou-se, então, à “docilização dos corpos”. O instrutor chamou um dos alunos para se posicionar próximo a ele, determinando que o neófito lhe batesse no rosto, um golpe de mão

aberta. O aluno, um tanto relutantemente, obedeceu, aplicando um golpe sem muita precisão e força. O instrutor o repreendeu e determinou que repetisse a ação. O neófito, uma vez mais, vacilou no cumprimento da ordem no que, de imediato, o instrutor desferiu um forte e certo tapa no rosto do aluno, fazendo sua cabeça rotar para trás. O aluno, ainda atônito, recebeu novamente a ordem para bater no rosto do instrutor, o que foi realizado da forma determinada. O instrutor voltou-se para o turno e explicou:

Um tapa é só um tapa. Não mata e não deve nos ofender. Ter agressividade controlada e controle emocional é ser agredido e saber responder dentro da lei. Quem não estiver preparado para isso, é só pedir para sair e voltar para o seu batalhão de ‘invertebrados’.

O discurso do instrutor contrariava o senso comum relacionado ao “tapa na cara”, que representaria o maior aviltamento humano. Para o instrutor, o agente da lei deveria se preparar para esta situação se submetendo ao treinamento e aumentando seu grau de tolerância a uma agressão dessa natureza. (STORANI, 2021, p. 118, grifo nosso)

Acreditamos que os argumentos sejam válidos, mas, também entendemos que a sua legalidade/necessidade, para o fim a que se destina, deva ser estudada. É um tema que merece ser objeto de uma análise bem detalhada, além de ser controverso como adverte o mesmo autor:

Embora não falem críticas – dentro e fora da PMERJ – aos métodos de socialização do COEsp, os convertidos depositam na forma de seleção e no treinamento o sucesso da unidade, que tem que estar pronta para o pior dos confrontos. (STORANI, 2021, p. 191)

Insistimos que, caso se entenda que essas condutas sejam admissíveis pelo corpo docente, elas devem ter respaldo exclusivo no viés pedagógico e que a sua aplicabilidade esteja fundamentada em doutrinas institucionais (o que subsidiaria a manutenção da Hierarquia e Disciplina), de modo a impedir a aplicabilidade de agressões físicas pela exclusiva discricionariedade dos instrutores, além de preencher os requisitos necessários ao válido Consentimento do Ofendido.

Defendemos, caso se entenda pela necessidade e admissibilidade desses “métodos pedagógicos”, que eles estejam regulamentados, ao menos, em norma institucional que apresente os fundamentos para sua aplicação, de modo que sejam evitados quaisquer tipos de excesso pelo corpo docente do treinamento militar. Nosso entendimento possui base, por exemplo, na notícia divulgada pelo Estadão de que, durante o Curso de Operações Especiais da Polícia Militar do Tocantins, um Sargento de 31 anos de idade faleceu, em janeiro de 2003:

Diversos militares, que não quiseram se identificar por medo de represálias, denunciaram que o treinamento tinha práticas violentas, contrárias aos direitos humanos. [...] afirmaram que o Sargento Aguiar foi submetido a uma sessão de pancadas durante um minuto, o que pode ter causado o traumatismo craniano. “Os PMs denunciaram que o teste de resistência era receber socos” [...] A viúva vai entrar com uma

ação contra o Estado pedindo uma indenização.
(grifo nosso)

Casos como esse servem para demonstrar, a relevância do estudo e as proporções que essas condutas, se aceitas e não delimitadas, podem tomar. Por conseguinte, também pode ser necessário o estudo sobre a indispensabilidade desse tipo de agressão física na formação do militar ou se essas agressões apenas fazem parte de algum “ritual de passagem”, não admitido pelo direito.

3 CONCLUSÃO

É bem clara a importância das instituições militares para a democracia, quer seja nas atuações de defesa nacional ou para a segurança pública. Desse modo, o presente estudo buscou dar a devida relevância ao seu regular funcionamento, que depende de diversos mecanismos, dentre eles o Direito Penal Militar, no ponto em que é verificada a adequabilidade dos mais diversos institutos jurídicos nas especificidades castrenses.

Ao se falar do consentimento do ofendido como uma causa supralegal de exclusão da ilicitude, parece-nos clara a conclusão quanto a sua admissibilidade na Justiça Penal Militar, só restando algum impedimento quando ocorrer ofensa à Hierarquia e à Disciplina. No presente estudo, que tomou como

cerne inicial as cenas de agressões físicas retratadas pelo filme Tropa de Elite, acreditamos que, naquele contexto, seria o exemplo de uma hipótese da inadmissibilidade desse consentimento.

Compreendemos que as instruções, a realização de cursos e de aperfeiçoamentos, são atividades inerentes a qualquer instituição militar e são estruturadas na Hierarquia e na Disciplina. Isso, por si só, já seria capaz de demonstrar que, no período destinado ao aprendizado e, portanto, nas relações existentes entre instrutores e discentes, sempre haverá um interesse institucional, em virtude de uma espécie de subordinação entre o docente, responsável pela instrução, e o discente, que deve acatar às determinações emanadas pelo instrutor.

Entendemos que a integridade física do discente pode ser compreendida como sendo um bem jurídico indisponível. O fundamento reside no fato de que as instruções são atos da administração pública, devendo ser pautadas pela máxima diminuição de riscos de lesões ao servidor público, com a previsão de procedimentos de segurança para as instruções que envolvem riscos, seja, por exemplo, numa aula de armamento e tiro, de rapel ou de defesa pessoal.

Não queremos afirmar que o servidor militar deva ser poupado de atividades que possam causar lesões ou expor a

perigo a sua integridade física, até mesmo porque a sua atividade laboral sempre estará atrelada ao risco do seu bem mais precioso, a vida. Somos de total acordo que o militar seja submetido a exercícios que tenham por finalidade desenvolver a rusticidade, o preparo físico e seu controle emocional, para que, em momentos reais de adversidade, ele possa ter o equilíbrio necessário para agir da maneira prevista pela técnica e pelo ordenamento jurídico.

A grande discussão à qual esse trabalho se propôs está pautada nas seguintes indagações: As agressões físicas podem contribuir com o preparo desses profissionais? Se sim, qual o respaldo legal para excluir a ilicitude de tais atos? A sociedade como um todo está em constante evolução e com a ordem jurídica e o ambiente de caserna não poderia ser diferente. Assim, concluímos que é preciso estabelecer se tais condutas são realmente necessárias para os fins a que determinadas instruções são realizadas.

Se entendidas como indispensáveis, devem ser previstas, em normatização interna da instituição militar, quais as condutas que os instrutores devem/podem ter. Esse raciocínio possui um duplo viés, qual seja, primeiro o de preservar a integridade física dos servidores, evitando eventuais lesões que poderiam causar um prejuízo pessoal ao militar e, por que não, ao erário público, considerando as despesas decorrentes de possível afastamento,

temporário ou permanente, das suas atividades laborais. Além disso, tais previsões contidas em norma interna teriam o objetivo de evitar a livre discricionariedade que poderia ser dada aos instrutores, buscando uma maior imparcialidade nas condutas. Destarte, serviria para evitar eventuais inquéritos policiais militares e subseqüentes ações penais, dando maior respaldo à atuação da equipe de instrução. Esperamos que a discussão sobre este tema sirva ao crescimento e alcance da mesma relevância que as instituições militares possuem para com o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*.

BRASIL. *Decreto Lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969*. Código Penal Militar Brasileiro.

BRASIL. *Decreto Lei nº 2.848 de 7 de dezembro de 1940*. Código Penal Brasileiro.

BRASIL. *Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. Código Civil.

CUNHA, Rogério Sanches Pinto. *Manual de Direito Penal: Parte Geral (arts. 1º ao 120)*. 4. ed. Salvador – BA: Juspodivm, 2014.

JESUS, Damásio de. *Direito Penal – Parte Geral*. V. 1. 33. ed. São Paulo – SP: Saraiva, 2013.

MARREIROS, Adriano Alves; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito Penal Militar – Teoria Crítica & Prática*. Rio de Janeiro – RJ: Método, 2015.

MORRE PM que sofreu traumatismo durante treinamentos. *Estadão*. 2003. Disponível em: <https://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,morre-pm-que-sofreu-traumatismo-durante-treinamentos,20030126p4707>. Acesso em: 27 mar. 2022.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar*. 5. ed. Salvador – BA: Juspodivm, 2021.

SOARES, Luiz Eduardo; BATISTA, André; PIMENTEL, Rodrigo. *Elite da Tropa*. Rio de Janeiro – RJ: Objetiva, 2006.

STORANI, Paulo. *Vitória Sobre a Morte: o sagrado e o secular na construção social dos caveiras do BOPE*. Rio de Janeiro – RJ: 2021. E-book.

TROPA DE ELITE. Direção: José Padilha. Produção: José Padilha, Marcos Prado. Brasil: Universal Pictures, 2007. 1 DVD (118 min).

O direito constitucional de acesso à justiça no Brasil e as limitações recursais

Marcos José Pinto

Pós-Doutor em Democracia e Direitos Humanos pela Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Constitucional pela PUC/SP. Mestre em Direito Processual e Cidadania pela Unipar/PR. Promotor de Justiça Militar em Campo Grande/MS.

Data de recebimento: 19/04/2022

Data de aceitação: 25/05/2022

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar a questão envolvendo o direito constitucional de acesso à Justiça e a sua obstacularização em razão das limitações de se interpor recursos que foram trazidas recentemente no ordenamento pátrio. Será verificado se essas normas impeditivas violam a Constituição e os Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, ao impedirem o duplo grau de jurisdição. A metodologia a ser utilizada é a pesquisa bibliográfica. Em conclusão serão apresentadas algumas propostas, com sugestões para se tentar diminuir o sofrimento do cidadão que tem o seu direito cerceado com mais essa limitação jurídica.

PALAVRAS-CHAVE: acesso à Justiça; limitações recursais; inconstitucionalidade.

ENGLISH

TITLE: The constitutional law of access to justice in Brazil and the resources limitations.

ABSTRACT: This article aims to analyze the question about the constitutional right of the access to Justice and its obstacles in reason of the limitations about interposing means which have been brought recently on paternal ordering. It is going to check if these standards with barriers would hinder the Constitution and the International Agreements ratified by Brazil, in case of preventing the double grade of jurisdiction. The methodology used was the bibliographic research. In conclusion, will be presented some proposals, with suggestions, trying to decrease the citizen's suffering, who has your right surrounded once more by this legal limit.

KEYWORDS: access of Justice; resources limitations; unconstitutionality.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 O que pode ser entendido por acesso à justiça? – 3 Os efeitos das limitações recursais – 4 Propostas e alternativas para dirimir o problema – 5 Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

Logo ao raiar do dia, ao se passar em frente a qualquer Defensoria Pública, encontra-se, com muita frequência, uma fila enorme de pessoas, em sua maioria do lado de fora do prédio,

aguardando atendimento para tentar solucionar o que Cândido Rangel Dinamarco chama de suas “crises jurídicas”. Wambier Luiz Rodrigues denomina essa situação de “S.U.S. Jurídico”, ante a sua verossimilhança com as filas e as precárias condições do acesso à saúde no Brasil.

Adere-se integralmente a essa concepção. Nela, o cidadão clama para ter seus direitos simplesmente ouvidos. Ali, na maioria das vezes, vai-se obter somente uma senha, para que se retorne no dia seguinte. Lamenta-se que no Brasil o acesso à Justiça tenha chegado a este ponto, em que o Estado, falido e fraco, não consegue cumprir as normas constitucionais, que, no dizer do Ministro Celso de Mello, não passam de “meras promessas inconsequentes”, sem qualquer força normativa, como a que enuncia que nenhuma lesão ou ameaça ao direito de outrem será desprotegida.

Em pesquisa feita pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ)¹, denominada Justiça em números, de 2013, apurou-se que em 2012 o Brasil tinha um volume de 92.000.000 (noventa e dois) milhões de processos. Destes, somente 30% foram solucionados.

Pensando-se na quantidade da população brasileira, pode-se entender que a demanda não é muito alta, isto em

¹ BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça. Justiça em Números 2013: ano-base 2012*. Brasília: CNJ, 2013.

atenção à estatística de processos existentes, proporcionalmente ligados ao número de cidadãos brasileiros. Porém, o problema é que, quando ela existe, não se observam os mínimos preceitos de respeito e possibilidade de acesso ao cidadão, violando-se os seus direitos e as suas garantias fundamentais. Obviamente estamos falando da maioria do nosso povo, desprovida de recursos financeiros que não pode contratar um causídico particular.

Franz Kafka,² no conto “Diante da Lei”, traduz essa angústia, asseverando, dentre as muitas interpretações filosóficas possíveis, que existe a dificuldade do cidadão comum ter acesso à Justiça. Trata-se de uma parábola em que se destaca o empecilho que tem o cidadão do povo para ter acesso ao Poder Judiciário. Isso é revelado na citada estória, pela imensa dificuldade em interpretar ou compreender a mensagem expressada pelo porteiro que estava diante da “Lei” (ou Tribunal).

Relata-se a vida de um camponês, um homem simples que se dirigiu ao “porteiro” (Estado) e pediu para entrar na “Lei” (um Palácio de Justiça, entenda-se Fórum); e recebeu como resposta que a entrada não seria admitida de imediato, sendo certo que só seria possível “ingressar” ali posteriormente. Como

² KAFKA, F. *La Metamorfosis. Ante la Ley*. Buenos Aires: Centro Editor Cultura, 2008.

está consignado no texto, "o homem do campo não esperava tais dificuldades. A 'Lei' deve ser acessível a todos e a qualquer hora, pensava ele".

Enfim, termina-se narrando que esse cidadão levou a vida toda tentando "entrar" (ter acesso) no Palácio da Justiça/Fórum e não conseguiu. Morreu, conforme consta na parábola de Kafka. Analisando-se a situação brasileira, essa anedota nos parece muito familiar, não? Pois é isso que a mídia noticia cotidianamente.

Entre as muitas possibilidades de se abordar o tema da dificuldade de se ter acesso à Justiça, opta-se por delimitá-lo no que tange aos óbices impeditivos de se interpor recursos, o que em nossa ótica, afronta não só a Constituição Federal (CF), mas também os Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, como o Pacto de San José da Costa Rica, violando-se o Princípio do Duplo Grau de Jurisdição.

Esta pesquisa tem por escopo investigar se essa situação jurídica limitadora é mais uma forma de se impedir e de se negar o acesso à Justiça. A despeito das limitações elencadas na atual Carta Magna e no Código de Processo Civil, intenta-se verificar as mais recentes alterações legislativas, bem assim, as normas e as jurisprudências dos Tribunais Superiores, no que se refere à interpretação das leis relativas à admissibilidade recursal.

Será realizada uma investigação epistemológica voltada para a busca dos efeitos atinentes às questões como o impedimento do acesso ao Judiciário e a limitação do reexame da “crise jurídica”, por meio de estudos cuja metodologia predominante será a investigação bibliográfica. Em conclusão serão apresentadas algumas sugestões, com alternativas para se diminuir o sofrimento do cidadão que, não tendo outra alternativa para dirimir suas “crises jurídicas”, busca o Estado para lhe amparar.

2 O QUE PODE SER ENTENDIDO POR ACESSO À JUSTIÇA?

Não há como se tratar deste tema sem referência (e reverência) à obra imortal de Mauro Cappelletti e Bryant Garth “Acesso à Justiça”. Trata-se de matriz para se entrar sobre qualquer discussão em torno desse tema. Nesse livro, segundo excelente síntese emanada de Everson Luiz, os autores Cappelletti e Garth enfatizam que o acesso à Justiça, embora sempre presente na sociedade, tem muito que evoluir para conquistar a efetividade como se pretende desde os séculos XVIII e XIX, com as reformas pertinentes no que diz respeito ao acesso à Justiça.

Cappelletti e Garth entendem que o acesso à Justiça não passa de algo aparente, de maneira tal que os chamam de “utópica” a ideia de paridade de armas entre as partes. Embora a Justiça apresente maneiras para tal, o que estaria caracterizado na figura do Fórum (como meio de acesso), há inúmeros impedimentos que devem ser transpostos para que, de fato, a sociedade, em todas as suas camadas, possa utilizar os recursos judiciais disponíveis, de forma que todos tenham iguais condições de verem atendidas as suas reivindicações, bem como, de terem os seus direitos garantidos. O conto de Kafka já narrado retrata bem essa situação.

Os gastos judiciais, em geral, são muito dispendiosos, assim também o são os honorários advocatícios. Alguns países, inclusive, obrigam que o litigante perdedor arque com todas as despesas processuais, as quais, em geral, não se podem prever (princípio da sucumbência). Esse risco, muitas vezes, afasta a busca pela solução judicial. No entanto, a maior dificuldade consiste mesmo no pagamento dos honorários advocatícios.

Segundo a análise de Ana Flavia Melo Torres³, não obstante os inúmeros avanços já conquistados na consolidação de um integral acesso à Justiça, instrumento essencial à efetivação dos direitos componentes da cidadania plena, muitos

³ TORRES, A.F. M. “Acesso à justiça”. *Revista Âmbito Jurídico*. N. 10 - Ano III, agosto de 2002.

empecilhos ainda existem à completa efetividade desse direito social básico. Essa efetividade somente se daria num contexto em que as partes possuíssem completa igualdade de armas, a garantia de que a conclusão final dependa apenas dos méritos jurídicos relativos das partes antagônicas, sem relação com diferenças que sejam estranhas ao Direito e que, no entanto, afetam a afirmação e reivindicação dos direitos. Evidentemente, como afirma Cappelletti, tal “paridade de armas” tem caráter, como se disse, utópico, razão pela qual devemos buscar meios, cada vez mais radicais, para alcançá-la.

Passando-se prioritariamente pela esfera socioeconômica, tais limitações também possuem aspectos culturais, psicológicos e, na esfera do Direito, jurídicas e procedimentais. Desse modo, constituem óbices ao acesso à Justiça:

a) Os aspectos econômicos: o elevado valor do processo é um dos principais empecilhos para um firme acesso à Justiça. Sendo o Brasil dotado de uma péssima distribuição de renda, podemos concluir o quão limitador é esse acesso, e por que não dizer, à cidadania como um todo, devido à desigualdade econômica. Os procedimentos judiciais necessários à solução de uma lide, na maioria dos países, possuem custos normalmente elevados e devem ser necessariamente pagos pelos autores, incluindo-se os honorários advocatícios e algumas custas

judiciais. Um processo custa em média no Brasil, cerca de R\$ 2.369,73 (dois mil e trezentos e sessenta e nove reais e setenta e três centavos), conforme pesquisa realizada pelo Centro de Pesquisas sobre o Sistema de Justiça Brasileiro (CPJUS), do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP), como informa Bringel⁴.

É sabido que no Sistema Americano, o vencido não é obrigado a responder pelos honorários do advogado da parte vencedora. Nos países que adotam o princípio da sucumbência, a menos que o litigante em potencial esteja certo de vencer, a penalidade é duas vezes maior e pode inibir o litigante em potencial de ingressar em juízo, já que, se vencido, além de arcar com os honorários do seu advogado, terá que pagar os honorários da parte contrária.

Não se pode esquecer também de que ao autor cabe o pagamento das custas de distribuição, as provas que desejar produzir (perícias, diligências, etc.), e ainda o preparo de recursos, ficando distantes, em virtude de seu preço, da parte menos favorecida economicamente.

⁴ BRINGEL, S. *CPJUS divulga números sobre custos de processos dos Tribunais brasileiros*. Tribunal de Justiça do Amapá. 2015. Disponível em: <https://www.tjap.jus.br/portal/publicacoes/noticias/3765-cpjus-divulga-n%C3%BAmeros-sobre-custos-de-processos-dos-tribunais-brasileiros.html>. Acesso em: 25 mai. 2022.

A título de argumentação, registram Rangel e Caetano⁵, a pesquisa realizada pelo Projeto de Florença, coordenado por Mauro Cappelletti, como em que foi constatado que, em determinados países, o custo do litígio aumenta à medida que baixa o valor da causa, chegando ao absurdo de, na Alemanha, pela justiça comum, uma pequena causa de valor não superior a US\$ 100, mesmo que somente utilizada a primeira instância, custar US\$ 150, enquanto uma ação de US\$ 5.000, em duas instâncias, teria o custo de US\$ 4.200. Essa equação perversa tem o seu destinatário certo, que são os indivíduos menos favorecidos, ou seja, o trabalhador, o consumidor, o morador dos conjuntos habitacionais e das favelas, enfim, exatamente aqueles que, por sua condição social, mais fragilizados se encontram, mais vulneráveis estão ao domínio de grupos econômicos e dos poderosos; e mais dependentes, portanto, de uma expedita atuação do Estado para resguardar os seus interesses, tão desprezados.

b) Duração razoável do processo: outro óbice é a não duração razoável de um processo. Essa longevidade também é um fator que limita o acesso à Justiça. Em muitos países as

⁵ RANGEL, T. L. V.; CAETANO, C. F. *Pensar e repensar no acesso à justiça à luz do Projeto de Florença de Mauro Cappelletti*. 2022. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/doutrina/constitucional/pensar-e-repensar-no-acesso-a-justica-a-luz-do-projeto-de-florenca-de-mauro-cappelletti#>. Acesso em : 25 mai. 2022.

causas levam em média três anos para se tornarem exequíveis. Essa delonga eleva consideravelmente as despesas das partes, pressionando os economicamente mais fracos a abandonarem suas causas, ou aceitarem acordos por valores muito inferiores àqueles a que teriam direito. Em razão disso, a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais, em seu art. 6º, parágrafo 1º, reconhece que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de um prazo razoável é, para muitas pessoas, uma Justiça inacessível.

Tem-se como certo que o processo é um instrumento indispensável não somente para a efetiva e concreta atuação do direito de ação, mas também para a remoção das situações que impedem o pleno desenvolvimento da pessoa humana e a participação de todos os trabalhadores na organização política, econômica e social do país, portanto, sua morosidade estrangula os direitos fundamentais do cidadão.

A morosidade do processo está ligada à estrutura do Poder Judiciário e ao sistema de tutela dos direitos. Para que o Poder Judiciário tenha um bom funcionamento, necessário se faz, dentre outros, que o número de processos seja compatível com o número de juízes, promotores, defensores, advogados, servidores, enfim, de todos que irão apreciá-los, porém, é sabido que não é isso que ocorre. Óbices Socioculturais: as limitações causadas em razão do estrato social a que pertence o cidadão,

apesar da decorrência lógica da desigualdade econômica, possuem também aspectos sociais, educacionais e culturais. Além disso, é menos provável que conheça um advogado ou saiba como encontrar um serviço de assistência judiciária. São barreiras pessoais que necessitam ser superadas para garantir o acesso à Justiça.

Sobre esse assunto, Eduardo Cambi⁶ faz um registro acerca das categorias de cidadania, a saber: (a) Meios-Cidadãos: os Direitos existem, mas as pessoas os desconhecem; (b) Cidadãos Passivos: as pessoas conhecem os Direitos, mas não lutam por eles; (c) Cidadão Ativos: As pessoas conhecem e lutam pelos Direitos (Ex. Movimentos Sociais); (d) Cidadania Ativa Solidária: Luta pelo bem comum, pela melhoria, pela Justiça Social. Infelizmente a grande massa do povo brasileiro encontra-se nas letras “a” e “b”, não obstante os atuais movimentos sociais (letra “c”) estarem nas ruas reivindicando direitos.

A complexidade das sociedades faz com que mesmo as pessoas dotadas de mais recursos tenham dificuldade para compreender as normas jurídicas. Para Horácio Wanderley

⁶ CAMBI, E. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Rodrigues⁷, são três os pontos principais de estrangulamento, nesse aspecto, ao acesso presentes no Brasil: em primeiro lugar a falência da educação nacional; o descompromisso dos “meios de comunicação” com a informação; e, por fim, a quase inexistência de instituições oficiais encarregadas de prestar assistência jurídica prévia ou extraprocessual, que atuariam informando e educando a população sempre que surgissem dúvidas jurídicas sobre situações concretas.

Enfatiza Cambi⁸, que quanto mais pobre é o cidadão, mais difícil é o seu contato com um advogado, não só porque em seu círculo de relações não existem profissionais dessa área, mas também porque, ele reside quase sempre, muito distante dos bairros onde funcionam os escritórios de advocacia e os tribunais.

Outro ponto importante diz respeito à disparidade que surge quando um litigante habitual se defronta com um litigante eventual. Essa distinção se verifica entre indivíduos que frequentemente estão em juízo com aquele que nunca, ou poucas vezes, sentou-se perante um Juiz.

c) Problemas Psicológicos: este aspecto é um dos mais relevantes e deve necessariamente ser considerado. As pessoas

⁷ RODRIGUES, H. W. *Acesso à justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

⁸ *Ibidem*.

menos favorecidas economicamente de alguma forma temem os advogados, os magistrados e os promotores. Os Juízes são vistos como seres superiores e, os advogados como pessoas em que se deve confiar “desconfiando”. A maioria das pessoas tem receio de estar em juízo, seja por decepção com o resultado de alguma ação em que estivesse envolvida ou tivesse interesse, ou por temerem represálias ao recorrerem à Justiça, ou ainda, represálias da própria parte adversária.⁹

d) Óbices Jurídicos e Judiciários: com as suas estruturas formadas de acordo com preceitos individualistas decorrentes do liberalismo burguês consolidado nos séculos XVIII e XIX, os ordenamentos jurídicos ocidentais, apesar de grandes avanços já conquistados, ainda mantêm limitações no que concerne à legitimação para agir, principalmente na esfera dos direitos coletivos, difusos e individuais homogêneos, direitos supraindividuais só passíveis de efetiva aplicabilidade com a maior amplitude possível de titulares para sua tutela. A inacessibilidade a alguns instrumentos processuais, bem como a procrastinação dos feitos em razão de brechas da legislação processual, constitui também entraves à consolidação de uma ordem jurídica justa.

⁹ CAMBI, E. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

Os problemas de ordem econômica e de legitimidade enfrentados pelo Poder Judiciário, consubstanciados em constante denúncia de corrupção e nepotismo; a carência de recursos materiais e humanos; a centralização geográfica de suas instalações, dificultando o acesso de quem mora nas periferias; a inexistência de instrumentos de controle externo por parte da sociedade tem contribuído para o aumento das restrições de grande parcela da sociedade à acessibilidade.

Ainda dentro das restrições de caráter eminentemente judiciário, há que se destacar a polêmica acerca da limitação da capacidade postulatória, que tantos debates vêm gerando entre os operadores jurídicos. A exigência da presença de advogado em todo e qualquer processo (já relativizada pelo Poder Judiciário) tem sido vista por um lado como elemento castrador da efetividade ao acesso e, por outro lado, como garantia a ele, ou seja, como instrumento de limitação ou elemento fundamental ao exercício pleno da cidadania.

Reportando-se à Cappelletti, enfatiza-se que o recente despertar de interesse em torno do acesso à Justiça levou a três posições básicas. Isso se deu a partir dos anos setenta, podendo-se afirmar que as soluções para o acesso são: primeira onda: hipossuficientes econômicos; segunda onda: interesses transindividuais; e, terceira onda: novas fórmulas de instrumentos. Em um primeiro momento, denominado de

primeira onda, os esforços concentraram-se, muito adequadamente, em proporcionar aos pobres. Tais reformas se realizaram adotando dois sistemas básicos de atuação: por meio do sistema *Judicare* e de advogados remunerados pelos cofres públicos. Alguns países, mais recentemente, adotaram os dois modelos combinados. O sistema *Judicare* é caracterizado por Mauro Cappelletti¹⁰ como:

[...] um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei. Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do *Judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado.

São exemplos de países que adotaram esse sistema: Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha. O sistema de assistência judiciária, com advogados remunerados pelos cofres públicos, foi implantado em primeiro lugar nos Estados Unidos da América (*Legal Services Corporation*); e se caracteriza por prestar a assistência não só judiciária, mas também jurídica, prévia e informativa, aos pobres, realizando grandes esforços no sentido de fazer as pessoas pobres conscientes de seus novos direitos e desejosas de utilizar advogados para obtê-los.

¹⁰ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

Suécia e a província canadense de Quebec, verificando a insuficiência de cada um dos modelos básicos em separado, formam os primeiros ordenamentos jurídicos a adotar um sistema misto, combinando o *Judicare* com advogados servidores públicos, isto é, dando dupla opção aos necessitados para constituir um profissional jurídico na defesa de seus interesses.

A segunda onda vem buscando solucionar a representação dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos, direitos novíssimos e que restavam já mortos por ausência de aparato procedimental que os fizesse valer. Em um primeiro momento atribui-se ao Ministério Público a tutela desses direitos, mas sendo o *Parquet* representante natural em juízo dos interesses públicos tradicionais, por exemplo, do interesse do Estado em perseguir a criminalidade, essa solução não prosperou, já que tais direitos, apesar de eminentemente públicos, possuem tamanho grau de novidade, especialização e técnica que, na maioria das vezes, inviabiliza a ação daquele órgão estatal.

Daí o surgimento de agências públicas especializadas, como por exemplo, a *Environmental Protection Agency* (EDA nos Estados Unidos) e o *Ombudsman* público (dos consumidores na Suécia). Além dessas instituições, as legislações passaram a ampliar a possibilidade de participação

no polo ativo das ações para defesa desses direitos. Foram gradualmente admitidas inúmeras organizações não estatais (associações, sindicatos, partidos políticos, etc.) como legitimadas para tutela de direitos coletivos e difusos, além da criação de novas ações, como as *class action* ou ações coletivas nos EUA.

Mas o movimento não parou por aí. Uma terceira onda se formou e ainda não se esgotou, buscando a superação do chamado “obstáculo processual”. Diante da constatação de que somente os mecanismos retromencionados não eram suficientes ao efetivo acesso à Justiça, já que a solução processual, o processo ordinário contencioso, mesmo quando são superados os problemas de patrocínio e de organização dos interesses, pode não ser a solução mais eficaz, nem no plano de interesses das partes, nem naquele dos interesses mais gerais da sociedade, busca-se o movimento de acesso à Justiça, novas alternativas para resolução de conflitos que não restritas ao ordenamento processual, normalmente exasperador de paixões e conflitos. Algumas dessas alternativas, contempladas no plano do pluralismo jurídico, já estão sendo aceitas como instrumental procedimental competente para dirimir litigiosidades, como, por exemplo, a mediação, a conciliação informal e a arbitragem, entre outros.

Dos muitos e bons frutos já produzidos em relação ao acesso à Justiça, pode-se citar, de forma geral, a Ação Civil Pública (Lei nº 7.347/85), que disciplina a tutela do meio ambiente, aos direitos do consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico e qualquer outro interesse difuso ou coletivo; o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90); o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078/90); a Lei Complementar nº 76/93, que estabelece o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária; a Lei Complementar nº 80/94, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreve normas gerais para organização das defensorias dos Estados-membros; e os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099/95).

A Constituição de 1988 foi o mais proficiente instrumento legal pátrio de ampliação da cidadania e das garantias de efetivo acesso à Justiça, em seu art. 5º, inciso LXXIV, ao dispor que: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, prevendo assim, no seu art. 134, a criação da Defensoria Pública, que é: “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

Assim sendo, como clama Cappelletti, entende-se que o acesso à Justiça deve ser compreendido como requisito fundamental, o mais elementar dos direitos humanos, em um ordenamento jurídico moderno e igualitário que pretenda assegurar, e não apenas prever os direitos de todos. Nossa Carta Magna traz em seu bojo a garantia de acesso pleno e irrestrito de todos ao Poder Judiciário, de modo que nenhuma lesão ou ameaça a direito seja subtraída da sua apreciação e solução, consoante aduz o seu artigo 5º, XXXV.

Como enuncia Renato Alexandre da Silva Freitas¹¹, ao menos em tese, tem-se a garantia, de modo genérico, do acesso à Justiça. Enfim, não só o direito de movimentar a máquina judiciária por meio do processo, mas também o de obter a tutela jurisdicional. Afirma-se que a Constituição assegura muito mais do que a mera formulação de pedido ao Poder Judiciário, uma vez que garante um acesso efetivo à ordem jurídica justa.

Nosso texto constitucional elenca ainda, em seu artigo 5º, inciso LIV, que: “ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”. Dessa forma, sintetizaram-se os limites ao exercício da própria jurisdição, no sentido de que todas as demais garantias estão condensadas

¹¹ FREITAS, R. A. da S. *O Acesso à Justiça e a Instrumentalidade do Processo*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, Brasília, DF, dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

nesse inciso. É o que entende Néilson Nery Júnior¹², ao afirmar que todos os outros princípios são decorrentes do Devido Processo Legal, gênero do qual todos os outros são espécies.

Nessa vertente, Dinamarco¹³ explana que a expressa garantia do *due process of law*, contida no inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição Federal, tem o significado sistemático de fechar o círculo das garantias e exigências constitucionais relativas ao processo, em uma fórmula sintética, destinada a firmar a indispensabilidade de todas e reafirmar a autoridade de cada uma, podendo-se dizer então, conforme Néilson Nery Júnior, que todos os princípios e garantias constitucionais do processo descendem do princípio do devido processo legal e estariam presentes no sistema, ainda que não enunciados expressamente no texto constitucional.

Refletindo sobre o tema, Kazuo Watanabe¹⁴ entende que:

[...] o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional inscrito no inciso XXXV do artigo 5º, da Constituição Federal, não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas sim o acesso à Justiça que propicie a efetiva e tempestiva proteção contra qualquer forma de

¹² NERY JUNIOR, N. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. ed. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

¹³ DINAMARCO, C. R. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo: Malheiros, 1994.

¹⁴ WATANABE, K. *Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer*. In: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 1996.

denegação da Justiça e também o acesso a ordem jurídica justa. Cuida-se de um ideal que, certamente, está ainda muito distante de ser concretizado e, pela falibilidade do ser humano, seguramente jamais o atingiremos na sua inteireza. Mas a permanente manutenção desse ideal na mente e no coração dos operadores do direito é uma necessidade para que o ordenamento jurídico esteja em contínua evolução. [...] Como detentor exclusivo da incumbência de resolver os conflitos e da prestação da tutela jurisdicional deve o Estado, pois, de forma a atingir maior efetividade e presteza no mecanismo jurisdicional no plano crescente e aperfeiçoar a máquina da justiça [...], procurar dentro do possível, fazer com que essa garantia esculpida no texto constitucional possa refletir concretamente, propiciando meios de ingresso no judiciário menos oneroso, mas também agilizando o desenrolar do processo, satisfazendo o jurisdicionado que necessita do amparo estatal e atendendo sua pretensão. Não basta, portanto, assegurar o acesso, sendo necessário, outrossim, que os litigantes não permaneçam por um longo período em juízo discutindo situação que permite solução rápida. Em outras palavras, é preciso também garantir a saída daquele que demanda. Destarte, adverte-se, o acesso à Justiça é derivação do devido processo legal. Realizada essa breve análise acerca dos incisos do artigo 5º da Constituição Federal, e dando prioridade ao preceito de nosso maior interesse, temos ainda que ponderar que os doutrinadores brasileiros encontram dificuldade para determinar o conteúdo da expressão “acesso à Justiça”.

Segundo Mauro Cappelletti¹⁵, a expressão é utilizada para fixar duas finalidades básicas do sistema jurídico pelo qual

¹⁵ CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Op. Cit.*

as pessoas podem pleitear seus direitos e colocar termo às contendas por meio da atuação do Estado: “Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos”. Cappelletti aduz que são obstáculos ao acesso à Justiça, entre outros, as dispendiosas custas judiciais às partes; a inexistência de uma duração razoável do processo; a figura dos litigantes, em geral pobres, que desconhecem seus direitos; enfim, tudo isso são obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos, constituindo verdadeiras barreiras de acesso ao Poder Judiciário.

Em relação a isso, Norberto Bobbio¹⁶ assevera que:

[...] os direitos do homem, por mais fundamentais que sejam, são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas.

¹⁶ BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Tradução: Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Campos, 1992.

Wambier Rodrigues¹⁷ preconiza que:

[...] convém repetir que contemporaneamente a garantia constitucional de acesso à tutela jurisdicional do Estado significa direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional, isto é, direito de obter do Estado tutela jurisdicional capaz de promover a concretização de seus comandos, do modo como previstos no plano do direito material [...]. Pode-se afirmar, então, que o direito de acesso à Justiça (isto é, o direito à efetividade da jurisdição) é um direito fundamental instrumental, pois sua inefetividade pode comprometer a efetividade de todos os outros direitos fundamentais (evidentemente, sem que sejam efetivos os mecanismos de defesa dos direitos fundamentais materiais, sua efetividade pode ficar comprometida).

Neste sentido, Luiz Rodrigues Wambier e Teresa Arruda Alvim Wambier¹⁸ prelecionam que, quando se fala em acesso à Justiça, o que se quer dizer é direito de acesso à efetiva tutela jurisdicional, ou seja, o direito à obtenção de provimentos que sejam realmente capazes de promover, nos planos jurídico e empírico, as alterações requeridas pelas partes e as garantidas pelo sistema processual.

¹⁷ WAMBIER, L. R. *O Contempt of Court na recente experiência brasileira – Anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais*. Artigo publicado na ABDP - Academia Brasileira de Direito processual, [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20Rodrigues%20Wambier\(5\)-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20Rodrigues%20Wambier(5)-formatado.pdf), Acesso em: 02 jul. 2021.

¹⁸ WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. *Anotações sobre a efetividade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Não se pode perder de vista a questão atinente à instrumentalidade, estreitamente ligada à efetividade processual. Sobre o tema, Cândido Rangel Dinamarco afirma que isso significa falar como algo posto à disposição das pessoas com vistas a fazê-las mais ou menos felizes, mediante a eliminação dos conflitos que as envolvem, com decisões justas.

Retornado ao texto Kafkaniano, acerca do acesso à Justiça, aduz Borges Neto¹⁹ que a parábola de Kafka revelou a dificuldade do acesso à lei enquanto ato normativo gerador de direitos e obrigações, no seu aspecto dinâmico, porque o homem do campo visava ter acesso à aplicação concreta do Direito, visando solucionar algum problema que lhe afligia.

Isso acabou não sendo possível em razão da equivocada interpretação dada à negativa inicial do porteiro em termos de acesso à lei. A partir dessa situação artificialmente criada por Kafka, compete-nos a análise do acesso à jurisdição em território pátrio.

Destaca Nelson Nery Junior²⁰ que, embora o destinatário principal dessa norma seja o legislador, o comando constitucional atinge a todos indistintamente, vale dizer, não

¹⁹ BORGES NETTO, A. L. “Franz Kafka e o difícil acesso à Proteção Jurisdicional: uma releitura jurídica”. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 4, n. 38, jan. 2000.

²⁰ NERY JUNIOR, N. *Op. Cit.*

pode o legislador e ninguém mais impedir que o jurisdicionado vá a juízo deduzir pretensão. Transportada a questão revelada por Kafka para o nosso país, tem-se que a Constituição se apresenta como elemento impeditivo de toda e qualquer atuação particular ou governamental que possa significar vedação ao acesso que todos têm ao Poder Judiciário. Entendimento contrário violaria a interpretação sistemática da Constituição, que aponta realmente na direção de garantir, no Brasil, o amplo acesso à jurisdição, com os meios e recursos inerentes ao ato.

Segue Borges Neto dizendo que a compreensão exata do texto de Kafka leva o estudioso a entender que não basta a previsão constitucional para o acesso à Justiça se revelar como algo efetivo e concreto. Isso é assim porque também se faz necessário todo um delineamento infraconstitucional, por via da legislação ordinária, como forma de serem estabelecidas as leis de natureza processual que facilitem e incentivem a distribuição de um maior volume de demandas judiciais. Ocorre que no Brasil o investimento realizado no Judiciário é pequeno e insatisfatório, o que prejudica em muito a satisfação das pessoas que, por um motivo qualquer, estão em litígio. O preceito constitucional sob análise está diretamente vinculado a investimentos mais importantes quanto ao Poder Judiciário, pois de nada adianta a previsão geral e abstrata se não existem soluções administrativas e legislativas concretas e eficientes

para viabilizar uma prestação jurisdicional rápida, eficiente e justa. Esse é o ideal a ser buscado, e ainda não alcançado, no Brasil.

Por outro norte, quais seriam as causas da má prestação jurisdicional e da dificuldade de se ter acesso à Justiça? Luiz Gustavo Tardin²¹ aponta essas causas como sendo primordialmente o número diminuto de magistrados na ativa; a quantidade ínfima de serventuários da justiça; a ausência de previsões orçamentárias; e de plano de gestão administrativa que contribuem para o colapso hoje implantado. Não há como discordar desse posicionamento, diante da situação fática da Justiça no Brasil.

E não é só. Deixando de lado as causas internas ao Poder Judiciário, não se pode esquecer do crescente volume de demandas hoje ajuizadas. O cidadão, hoje em dia mais consciente de seu direito, provoca mais atuação da função jurisdicional do que outrora. Com a onda do acesso formal à Justiça, isto é, com a implementação de mecanismos facilitadores do ingresso em juízo, a comunidade passou a demandar mais. A criação de Defensorias Públicas, conquanto ainda precárias em vários estados; bem assim, as assistências

²¹ TARDIN, L. G. *Fungibilidade das Tutelas de Urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

judiciárias das instituições de ensino; e a grande leva de profissionais de direito que todo ano deságuam no mercado de trabalho contribuem decisivamente para o crescimento do número de demandas propostas.

Em síntese, em razão desses óbices retromencionados, falta-nos muito para que se tenha um efetivo, célere e legítimo acesso à Justiça.

3 OS EFEITOS DAS LIMITAÇÕES RECURSAIS

Consoante leciona o professor Dinamarco, não tem acesso aquele que tem Justiça tardia. Como se sabe a resolução dos problemas das pessoas se exerce, em termos jurídicos, mediante uma prestação jurisdicional. Kazuo Watanabe enuncia que não basta ingressar no mundo jurídico, mas além disso, por azar, o cidadão vai “sentar” e “esperar”, a fim de ter uma resposta efetiva.

Assim, o Estado oferece a jurisdição para solucionar, via processo, uma questão jurídica, o que constitui, em regra, para o cidadão pobre, um ato quase inacessível e por demais moroso.

Novamente se indaga: será que o Estado oferece um serviço jurídico eficiente? É óbvio que não. Apenas para exemplificar, o excesso de demandas (até brigas de cachorro chegou ao Supremo Tribunal Federal) não permitem a eficiência

desse serviço. Apurou-se que em um espaço temporal de oito anos, somente esse tribunal recebeu 1.000.000 (um milhão) de processos. Como se disse, somente em 2012, foram 92.000.000 (noventa e dois) milhões de processos tramitando no Brasil²². Como ter celeridade e eficiência desta forma?

Adentrando em outro plano do tema em análise, surgem os meios recursais, como se sabe, fundados no inconformismo natural do ser humano, na falibilidade do Juiz e na possibilidade do vencido em ter o reexame de sua sentença por um órgão colegiado. Como diz Wambier Luiz Rodrigues: “é algo intrínseco em nossa cultura”. O inconformismo natural do vencido se exala.

Barbosa Moreira define recurso como um remédio voluntário, idôneo a ensejar, no mesmo processo, a reforma ou invalidação, ou esclarecimento da decisão. Como se conhece, em homenagem à taxatividade, os recursos na órbita do Processo Civil estão elencados nos artigos 994 a 1.044, do Código de Processo Civil (CPC) de 2015, sendo certo que sofreram uma benéfica adequação quantitativa e qualitativa. Afinal, ali se encontram inúmeros modos de se recorrer. Em razão disso, somos ou não o “país dos recursos”? Isso é bom ou ruim?

²² BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Justiça em Números 2013: ano-base 2012. Brasília: CNJ, 2013.

Não obstante sermos o país dos recursos, pensa-se que isto é muito salutar e louvável, pois a possibilidade de se recorrer diante de uma decisão injusta ou incorreta é um direito que não se pode negar. Até porque, há a constitucionalização dos direitos, com a previsão na Magna Carta, isso porque o processo é um instrumento para de dar efetividade às normas constitucionais e infraconstitucionais. Assim, todos têm direito a um devido processo legal, especialmente com o sagrado direito de recorrer, tudo com um prazo razoável de duração, sem prejudicar a segurança jurídica. Deve-se sempre homenagear o duplo grau de jurisdição. A segurança jurídica e o Estado Democrático de Direito agradecem.

As mudanças no âmbito recursal, visando esvaziar as “prateleiras” dos tribunais, têm obviamente o escopo de restringir o acesso recursal. Não nos olvidamos dos abusos do direito de recorrer. Felizmente a questão da má-fé encontra-se regulada nos artigos 80, VII, e 81, ambos do CPC de 2015. Por outro norte, os efetivamente vencidos e lealmente inconformados com a decisão são penalizados com os custos e a morosidade processual.

Wambier Luiz Rodrigues²³ aduz que:

[...] é notória e, infelizmente, fortemente justificável, em muitas situações concretas, a má vontade com que o Poder Judiciário vê o manejo dos recursos pelas partes, notadamente nestes tempos de franca desproporção entre a demanda de seus serviços e a estrutura de que dispõe para atendê-la. Essa lamentável situação tem dois lados: o do abuso efetivo e evidente do direito de recorrer e o da indisposição do Poder Judiciário, diante da perspectiva de revisões de suas decisões. Embora não seja este o espaço oportuno para analisar em profundidade as causas históricas, culturais, corporativas, econômicas e políticas desse descompasso (que tem como única prejudicada a sociedade, que nada tem a ver com questúnculas corporativas dos advogados e magistrados), é importante ressaltar que a ideia da possibilidade de revisão das decisões judiciais (e também das decisões tomadas em outras esferas, inclusive privadas) habita o inconsciente coletivo da sociedade brasileira. É algo intrínseco à nossa cultura. Além disso, está ligada ao conceito de controle das decisões estatais, ínsito à ideia de gestão da conduta pública pela via democrática.

Não há como discordar de Nadja Adriano Azeituno²⁴, ao se dizer que os institutos processuais que limitam a admissão

²³ WAMBIER, L. R. *O Contempt of Court na recente experiência brasileira – Anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais*, Artigo publicado na ABDP - Academia Brasileira de Direito processual. Disponível em: [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20Rodrigues%20Wambier\(5\)-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20Rodrigues%20Wambier(5)-formatado.pdf). Acesso em: 02 jul. 2021.

²⁴ AZEITUNO, N. A. de S. “Das crescentes restrições à admissibilidade dos recursos excepcionais e limitação da garantia do acesso à justiça”. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 16, n. 2893, jun. 2011.

dos recursos, a despeito de buscarem uma maior celeridade e efetividade do processo, na maioria dos casos impedem o regular exercício dos direitos das partes, resultando em restrição à garantia constitucional do acesso à prestação jurisdicional.

Novas limitações foram impostas recentemente às partes, com o escancarado escopo de mitigar o acesso ao Supremo Tribunal Federal (STF) e ao Superior Tribunal de Justiça (STJ). Esse aumento de restrições recursais, em nossa visão, ofende a garantia constitucional do acesso à Justiça, o que resta inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Tais modificações, no que tange à matéria em exame, consistem na exigência de Repercussão Geral da questão constitucional, na introdução da Súmula Vinculante e na possibilidade da não admissão de Recursos Repetitivos para o STJ e STF, além da Súmula Impeditiva de Recursos e do obstáculo ofertado pelo artigo 332 (antigo 285-A), no Código de Processo Civil brasileiro de 2015. Em brilhante pesquisa, Azeituno nos traz o rol destas alterações, como é narrado a seguir:

a) Repercussão Geral da Questão Constitucional no Recurso Extraordinário: Via da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, foi adicionada a exigência de demonstração, pela parte recorrente, da repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso, por ocasião da interposição de Recurso Extraordinário (art. 10, § 3º, CF-88). A Reforma do

Judiciário, efetivada na referida Emenda nº45/2004, teve também como escopo resolver os problemas causados pela grande quantidade de processos remetidos ao STF e STJ, que inviabilizavam a atuação dessas cortes.

Observa a maioria da doutrina que a repercussão geral, comparada à arguição de relevância, vigente sob a Carta de 1969, tem como ponto comum o fato de que ambas configuram elemento de contenção do volume excessivo de causas dirigidas ao STF. Com efeito, a arguição de relevância permitia a seleção de demandas em que eram discutidos assuntos relevantes, de modo que o STF somente analisava, em sede de recurso extraordinário, as matérias que, por sua natureza, pelas partes envolvidas ou por sua repercussão, justificassem o apelo extremo.

Marinoni e Mitidiero²⁵ entendem que os institutos não se confundem, apesar de terem a mesma função de filtragem recursal, visto que:

[...] a arguição de relevância funcionava como um instituto que visava a possibilitar o conhecimento deste ou daquele recurso extraordinário a priori incabível, funcionando como um instituto com característica central inclusiva, enquanto a repercussão geral visa a excluir do conhecimento do Supremo Tribunal Federal controvérsias que assim não se caracterizem.

²⁵ MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

A exigência de repercussão geral, aplicável apenas ao Recurso Extraordinário, foi colocada no Código de Processo Civil (CPC) de 2015, artigo 1.035. Tal instituto, efetivamente, é um novo requisito de admissibilidade, pois prevê a norma que o Supremo Tribunal Federal, em decisão irrecurável, não conhecerá do recurso extraordinário, quando a questão constitucional nele versada não oferecer repercussão geral, devendo o recorrente demonstrar esta em preliminar do recurso.

Para efeitos de verificação de existência da repercussão geral, será considerada a existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa (art. 1.035, §1º, do CPC). Segundo Gomes Júnior²⁶: haverá repercussão “em determinada causa/questão quando os reflexos da decisão a ser prolatada não se limitarem apenas aos litigantes, mas também á coletividade”, isto sem se falar em limitação às partes.

O Parágrafo 3º do artigo 1.035 do CPC aduz que haverá repercussão geral sempre que o recurso impugnar decisão contrária à súmula ou jurisprudência dominante do Tribunal. Neste caso, a repercussão geral é presumida de modo absoluto.

²⁶ GOMES JR., L. M. “A Repercussão Geral da Questão Constitucional no Recurso Extraordinário”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, nº 119, janeiro/2005.

A doutrina divide-se quanto aos benefícios que o novo requisito de admissibilidade possa trazer às partes. Alguns enxergam como positiva a adoção da repercussão geral, desde que não seja utilizada de forma desarrazoada, apenas com objetivo de diminuir quantidade de processos. Entretanto, minimizar a avalanche de Recursos Extraordinários dirigidos ao STF foi exatamente o único objetivo da inserção da repercussão geral no ordenamento pátrio. Quanto a isto não há a menor dúvida. Resta saber se tal limitação à admissibilidade recursal implicará em restrição do acesso às partes ao STF.

Tendo em vista que a avaliação de existência de questões relevantes, do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, para fins de verificação da existência de repercussão geral, caberá, unicamente, ao Pretório Excelso, em decisão irrecurável (art. 102, § 3º, CF-88; art. 1.035, CPC), ficarão os recorrentes à mercê da interpretação do STF, por vezes mais política que jurídica, para fins de admissibilidade do Recurso Extraordinário, assim como ocorria na antiga arguição de relevância. Uma vez mais a "crise do Judiciário" se sobressai ao direito das partes verem suas irresignações recursais serem apreciadas pelo STF.

Súmulas Vinculantes do STF: As súmulas de jurisprudência foram concebidas pelo então Ministro do Pretório Excelso, Vítor Nunes Leal, que imaginou um método de

trabalho, objetivando a sistematização de julgamentos, para viabilizar a atividade do STF, ante o elevado número de feitos que assoberbavam aquela Corte. Buscou, assim, o ilustre magistrado, o estabelecimento de um meio de dar força à jurisprudência firme, atribuindo-lhe consequências na órbita processual de ordem a abreviar a morosidade dos julgamentos.

Tais súmulas tinham apenas caráter persuasivo, sem qualquer efeito vinculante, mas receberam aceitação pacífica da comunidade jurídica, sendo utilizadas como paradigma pela maioria dos julgadores. Entretanto, reformas nas normas processuais dotaram as súmulas de certa autoridade, na análise de recursos, a exemplo do previsto no art. 932, III, do CPC, além da existência de decisões vinculantes, tal como ocorre nos julgamentos de ADIN e ADC.

Não que as súmulas sejam, efetivamente, requisito de admissibilidade recursal, até porque os respectivos conteúdos versam, na maioria das vezes, sobre direito material. Entretanto, estas têm sido amplamente utilizadas pelos tribunais locais e regionais para vedar a admissibilidade de recursos dirigidos ao STF e ao STJ, com fundamento no art. 932, III, do CPC, razão pela qual se justifica sua análise, visto que têm servido de filtro dos feitos encaminhados aos Tribunais Superiores, assim como ocorre com os requisitos de admissibilidade já analisados.

As súmulas têm importante papel na uniformização da jurisprudência dos tribunais. Observa-se que é de importância indiscutível afastar as contradições e incoerências dos julgados, prevenindo divergências de orientação e tratamento diferente a situações idênticas. Do mesmo modo, por razões práticas e inspiradas no princípio da igualdade e da segurança, aconselha-se que a jurisprudência tenha uma relativa estabilidade. Nesse contexto, a súmula vinculante, como ato normativo da função jurisdicional, apresenta-se como elemento estabilizador do sistema.

Em prol de eficácia da súmula vinculante, labora-se a circunstância de que, enquanto a norma legal se exterioriza num comando que pressupõe uma prévia interpretação, a interpretação da súmula já estaria facilitada, pois deriva de longo processo de decantação de muitos julgados uniformes, prolatados sobre o mesmo tema, restando ao juiz apenas apreender a compreensão e extensão do enunciado e aferir se o caso concreto nele está subsumido para, conforme o caso, aplicar ou não a súmula. São apontados por Eduardo Peña²⁷ como argumentos favoráveis à súmula vinculante: combate à morosidade do Judiciário, a segurança jurídica e o respeito ao

²⁷ PEÑA, E. C. S. “Reforma do Judiciário: a polêmica em torno da adoção das súmulas vinculantes e a solução oferecida pelas súmulas impeditivas de recursos”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, nº 120, fevereiro/2005.

princípio da isonomia. São argumentos contra a súmula vinculante: a falta de legitimação do Poder Judiciário, a violação ao princípio da tripartição dos poderes, a violação ao princípio do juiz natural e sua independência e o engessamento do Poder Judiciário.

Entrementes, a súmula vinculante inserida na ordem jurídica pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004, e regulada pela Lei nº 11.417, de 19.12.2006, tem sido alvo de críticas doutrinárias, por inúmeras razões. André ramos Tavares²⁸ condensa as críticas existentes contra a súmula vinculante e aponta, dentre outras:

- 1) a impossibilidade de se condensar a essência das normas em proposições simples, ignorando os elementos temporais e circunstanciais inerentes a todas as decisões judiciais; 2) cerceamento da independência do juiz; 3) a própria súmula é passível de sofrer interpretação; 4) os juízes terão que proceder a uma operação mental de verificação do cabimento da súmula ao caso concreto a ser decidido; 5) mecanismo de autoimposição independente, segundo denominação do autor, onde o descumprimento da súmula impõe uma atuação sucessiva e desgastante do STF, que terá que se tornar oficial de execução de suas decisões, numa posição constringedora e inviabilizadora das funções de tal Corte, o que constitui a maior fraqueza do instituto.

²⁸ TAVARES, A. R. *Nova Lei da Súmula Vinculante: estudos e comentários à Lei nº 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo: Método, 2007.

Alguns autores entendem que o instituto é inconstitucional, pois atenta contra o Estado Democrático de Direito, já que visa retirar matérias jurídicas do âmbito da dialética social ocorrida no Judiciário, em confronto com a construção do direito a partir do discurso e porque o Supremo Tribunal Federal não tem legitimidade para criar um direito vinculante para todos, uma vez que é constituído por apenas onze magistrados que sequer representam o povo. Também se entende que a súmula vinculante não é o meio correto ou devido para se buscar a segurança jurídica, pois é, na realidade, resultado da falta de consciência sobre todas as finalidades do direito e do próprio Estado. Por fim, se aponta que a súmula vinculante nem mesmo consegue atingir o fim de proporcionar a celeridade processual, pois não evita a inicial, não impede a ocorrência de incidentes processuais nem evita que as partes recorram da decisão judicial. Em conclusão, os adeptos de sua inconstitucionalidade entendem que a súmula vinculante é incompatível com a ordem constitucional brasileira, pois qualquer instituto que venha prejudicar ou extinguir a dialética social estará prejudicando ou extinguindo o próprio Estado Democrático de Direito e estará instaurando o Estado do não direito, mas sim, da ditadura e da injustiça.

Ana Maria Scartezzini²⁹ observa que a súmula vinculante em nada beneficiará a sociedade na celeridade do julgamento, que se resumirá a cercear o direito do particular de submeter a lesão sofrida à ampla apreciação do Poder Judiciário e que os princípios da segurança jurídica, contraditório e ampla defesa não podem ser desrespeitados a pretexto da celeridade processual. Também pondera que o amplo acesso à jurisdição é a pedra de toque do Estado Democrático de Direito, e cortá-la equivale a afrontar a constituição e os princípios que a informam, inviabilizando a garantia dos inúmeros direitos individuais, sociais, coletivos e difusos nela agasalhados.

Destarte, a súmula vinculante tem dividido a doutrina, mas os que a repudiam têm argumentos consistentes para repelir o instituto como solução adequada à crise do Judiciário. Efetivamente, a súmula vinculante importará em mais um meio de limitação da quantidade de recursos Especial e Extraordinário admitidos, já que seus efeitos se operam em relação aos demais órgãos do Poder Judiciário e da Administração Pública direta e indireta, nas esperas federal, estadual e municipal (art. 103-A, CF-88). Assim, também ficará mais restrito o acesso à prestação jurisdicional, no âmbito do STF e do STJ, o que coloca em risco

²⁹ SCARTEZZINI, A. M. G. “A Súmula Vinculante – O Contraditório e a ampla defesa”, *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, n° 120, fevereiro de 2005.

o exercício da garantia da inafastabilidade da jurisdição perante a tais cortes. Uma vez mais surgem as restrições de defesa.

b) Recursos Repetitivos no Superior Tribunal de Justiça (STJ) e no Supremo Tribunal Federal (STF): Seguindo a tendência de criação de mecanismos para limitar a admissibilidade de recursos excepcionais, foi implementado, no novo CPC, do artigo 1.036 ao 1.041, tal instituto que estabelece o procedimento para o julgamento de recursos repetitivos no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Seguindo procedimento semelhante à análise de repercussão geral, a partir de tal lei, poderá haver restrição na quantidade de Recursos Especiais e Extraordinários a serem admitidos pelo STJ e no STF. Mais uma vez, a busca de soluções para a chamada "crise do Judiciário", que atingiu o STJ e o STF, prevalece sobre a acessibilidade das partes às cortes superiores, restringindo a garantia do art. 5º, XXXV, CF-88.

d) Súmula Impeditiva de Recurso: Evidentes são os esforços pela racionalização do tempo de duração dos processos judiciais em nosso país. É explícito que a morosidade se configura no principal fator da ineficácia da prestação jurisdicional de nossos tribunais, fator relegado aos inúmeros recursos disponíveis em nossa legislação infraconstitucional.

Devido a inúmeras críticas feitas às súmulas de efeito vinculante, o legislador originário achou por bem propor em lei ordinária a súmula impeditiva de recurso, que, por sua vez, manteria o Princípio da Persuasão Racional do Juiz.

A súmula impeditiva de recurso consiste na inadmissão e não conhecimento de recurso à instância superior caso já existam súmulas de jurisprudência dominante do STF e do STJ, contrárias às ideias contidas nos recursos.

São estas algumas das novas regras que restringem o acesso à Justiça, especialmente nos casos de limitações recursais, o que na verdade constituem verdadeiros filtros e afrontam os direitos elementares do cidadão de ter acesso à Justiça. Será que esse acesso melhorou com essas medidas restritivas de direitos?

Há que se aprimorar o Poder Judiciário, em especial, na sua logística, pois se necessita de mais Juízes, Promotores, Defensores, Servidores, equipamentos, enfim, uma organização jurídico-administrativa mais célere e eficaz. Dinamarco sempre disse que o acesso à Justiça é ter em um processo civil de resultado justo, ou seja, obtenção de justiça substancial. Segundo esse autor não obtém justiça substancial quem não consegue sequer o exame de suas pretensões pelo Poder Judiciário.

Luiz Guilherme Marinoni³⁰ registra que:

Tal direito não poderia deixar de ser pensado como fundamental, uma vez que o direito à prestação jurisdicional efetiva é decorrência da própria existência dos direitos e, assim, à contrapartida da proibição da autotutela. O direito à prestação jurisdicional é fundamental para a própria efetividade do ordenamento jurídico, uma vez que esse último, diante das situações de ameaça ou agressão aos direitos, sempre resta na dependência da plena realização do primeiro. Não é por outro motivo que o direito à prestação jurisdicional efetiva já foi proclamado como o mais importante dos direitos, por constituir o direito a fazer valer os próprios direitos.

Como entende Wambier Rodrigues, se torna absolutamente contrária à Magna Carta e à norma processual qualquer interpretação no sentido de restringir o manejo recursal, sem limitações, alcançando-se até mesmo aquelas situações em que os recursos possam ser entendidos como meramente protelatórios, até porque, para tais situações, existe a previsão de penas decorrente do abuso do direito de recorrer.

Por óbvio, violam-se preceitos de ordem constitucional, ao se limitar o acesso recursal, cuja previsão está explícita no Pacto de São José da Costa Rica, em seu art. 8º, nº 2, letra “h”,

³⁰ MARINONI, L. G. O Direito à Efetividade da Tutela Jurisdicional na Perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais, In: Genesis. *Revista de Direito Processual Civil*, v. 1, número 28, pág., 304, abr/jun 2003. Curitiba: Gênese, 2003.

in verbis: “[...] Durante o processo, toda pessoa tem o direito, em plena igualdade, as seguintes garantias mínimas: Direito de recorrer da sentença para um juiz ou tribunal”.

Como enuncia Eduardo Cambi³¹, não se quer, com isso, estimular o juiz a criar a sua própria jurisprudência. O magistrado deve primar pela interpretação que esteja de acordo com a orientação dos Tribunais Superiores, se quer assim evitar o império de orientações isoladas (sobretudo, após ter a jurisprudência sedimentado a interpretação), já que isso, como enfatiza Tereza Wambier³², ao contrário de promover a celeridade processual, implicaria, proporcionalmente, na maior interposição de recursos.

4 PROPOSTAS E ALTERNATIVAS PARA DIRIMIR O PROBLEMA

Entende-se que os principais motivos que levam o cidadão à enfrentar o famigerado “SUS” (Sistema Único de Saúde brasileiro) jurídico, além dos óbices econômicos, estão

³¹ CAMBI, E. *Julgamento prima facie (imediate) pela técnica do artigo 285-A do CPC*. Artigo publicado na ABDP-Academia Brasileira de Direito processual, Disponível em www.abdpc.org.br/artigos/artigo1033.doc. Acesso em: 05 jun. 2021.

³² WAMBIER, T. A. A.; WAMBIER, L. R.; MEDINA, J. M. G. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. v. 2 São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

relacionados aos aspectos de logística, tanto humana, quanto de material (estrutural), como por exemplo, o número diminuto de magistrados na ativa, a quantidade ínfima de serventuários da justiça, a ausência de previsões orçamentárias e de plano de gestão administrativa que contribuam para o colapso hoje implantado. Entre tantos outros, seriam meios alternativos para se tentar solucionar minimamente essa questão: a mediação, a arbitragem, a conciliação, enfim, apreciações extrajudiciais na tentativa de fazer com que o cidadão não chegasse ao “gargalo” judicial, tudo na intenção de solucionar consensualmente os conflitos.

Nã se vê como se solucionar o problema do precário acesso à Justiça sem a sua radical reforma normativa. Prega-se que o Estado favoreça a existência de demanda menor que a atual. Com isso o índice recursal será mais célere e eficiente. Acabar com o excesso de formalismo processual, bem como, racionalizando-se o julgamento das ações em primeira instância e dos recursos, tudo contribuirá para a efetivação de uma boa prestação jurisdicional. Diminuir essa complexidade é um bom caminho. Prima-se pela duração razoável do processo, com a simplificação do sistema recursal, a fim de agilizar os feitos.

Deve-se prestigiar a uniformização da jurisprudência, como a súmula vinculante e os recursos impeditivos, inclusive com a modulação de seus efeitos. Desde que não se ofenda o

duplo grau de jurisdição e a segurança jurídica, apoia-se. Por fim, pretende-se com todas essas simplificações diminuir o número de recursos impetrados nos tribunais. Insiste-se, se não houver restrição ao sagrado direito de defesa, a medida parece ser salutar.

Só o tempo vai nos dizer se a novel legislação processual civil (CPC de 2015) será verdadeiramente eficaz. A intenção dos legisladores não está muito longe dos anseios do povo por acesso à Justiça, sem demora, sem problemas financeiros e outros tantos já decantados, que ocorrem atualmente.

5 CONCLUSÃO

Do que foi exposto, pode-se chegar à conclusão sobre o tema em questão, o que se entende por acesso à Justiça, como um dos requisitos fundamentais, elementar dos direitos humanos, em um ordenamento jurídico moderno e igualitário, que pretenda assegurar, e não apenas prever os direitos de todos. Nossa Carta Magna traz em seu bojo a garantia de acesso pleno e irrestrito de todos ao Poder Judiciário, de modo que nenhuma lesão ou ameaça a direito seja subtraída da sua apreciação e solução, consoante aduz o seu artigo 5º, XXXV. Assim, entende-se que só haverá Justiça participativa se, em primeiro lugar, houver consciência de cidadania, por meio do

conhecimento, por parte da sociedade, de seus direitos mais fundamentais, bem como a postura combativa dos agentes do direito, ao menos tentando se livrar da conduta formalista.

Desse modo, poder-se-á falar em Justiça no plano do universal, bem como em acesso à Justiça como elemento para concretização de uma justiça participativa, de inclusão e respeito aos direitos e garantias fundamentais de todo e qualquer cidadão. Há que se buscar e se construir um sistema jurídico e procedimental mais humano, continuar estudando, pesquisando e propondo novos instrumentos de acessibilidade da Justiça.

É inegável que o Poder Judiciário necessita de aprimoramento, em especial, na sua logística humana e material. Precisa-se, com urgência, de mais juízes, promotores, defensores, servidores, equipamentos, enfim, uma organização jurídico-administrativa mais célere e rápida. E não é só isso. Há necessidade de se eliminarem os obstáculos ao acesso à Justiça como, entre outros, as dispendiosas custas judiciais às partes, a inexistência de uma duração razoável do processo, enfim, tudo isso tem de ser extirpado do nosso sistema processual, uma vez que constituem enormes obstáculos criados por nossos sistemas jurídicos, sendo em verdade, fortes barreiras de acesso ao Poder Judiciário.

Existe ainda a obrigação de se reformar os procedimentos em geral, a fim de garantir maior simplificação

dos feitos, com a aplicação dos princípios da oralidade, da livre apreciação das provas, da concentração dos procedimentos e o contato imediato entre Juízes, Ministério Público, Defensoria, partes e testemunhas, ou seja, a diminuição do excesso de formalismo processual.

É preciso também imaginar métodos alternativos para decidir as causas judiciais, via autocomposição, e nisso parece que o Código de Processo Civil está bem encaminhado, para que se efetivem as soluções extrajudiciais dos conflitos. As conquistas contabilizadas pelo movimento de acesso à Justiça, na construção de uma ordem social justa e cidadã, não podem ser, de forma alguma, menosprezadas. Entretanto, em face da dinâmica do processo social, novos direitos surgem a todo instante, além do quê, muitos daqueles proclamados pela modernidade ainda estão sem efetivação. Somente a normatização de procedimentos, a criação de espaços alternativos para a resolução de conflitos pode diminuir a questão do acesso à Justiça.

Não se pode esquecer de que, se o tempo é a dimensão fundamental da vida humana e se o bem perseguido no processo interfere na felicidade do litigante que o reivindica, é certo que a demora do processo gera, no mínimo, infelicidade pessoal e angústia e reduz expectativas de uma vida mais feliz (ou menos infeliz). Não é possível desconsiderar o que se passa na vida das

partes que estão em juízo. O cidadão concreto, o homem das ruas, não pode ter os seus sentimentos, as suas angústias e as suas decepções desprezadas pelos responsáveis pela administração da Justiça.

A expressão “acesso à Justiça” é utilizada para fixar duas finalidades básicas do sistema jurídico, pelo qual as pessoas podem pleitear seus direitos e colocar termo às contendas por meio da atuação do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos. Segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Essas são as metas básicas a serem alcançadas.

Finalizando, assevera-se que os óbices impeditivos recursais de acesso à Justiça aqui narrados não são uma boa medida, pois ofendem não só a Constituição Federal, mas também os Tratados Internacionais ratificados pelo Brasil, ao dificultarem ao cidadão clamar por Justiça, impedindo, por exemplo, que se exerça o duplo grau de jurisdição. Assim ocorreu com as novas limitações que foram impostas recentemente às partes, com o escancarado escopo de mitigar o acesso ao Supremo Tribunal Federal e ao Superior Tribunal de Justiça. Esse aumento de restrições recursais, como se disse, ofende a garantia constitucional de acesso à Justiça, o que resta inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Faz-se mister que se tenha um ordenamento jurídico processual efetivo

e eficaz, mais célere, barato, otimizado, enfim, acessível para todos, a fim de que os sagrados direitos constitucionais do cidadão sejam protegidos de quaisquer lesões ou ameaças.

REFERÊNCIAS

- AZEITUNO, N. A. de S. “Das crescentes restrições à admissibilidade dos recursos excepcionais e limitação da garantia do acesso à justiça”. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 16, n. 2893, 3 jun. 2011 .
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*, Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campos, 1992.
- BORGES NETTO, A. L. “Franz Kafka e o difícil acesso à Proteção Jurisdicional: uma releitura jurídica”. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 4, n. 38, jan. 2000.
- BRASIL, *Código de Processo Civil*. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Constituição (1988), *Constituição da República Federativa do Brasil*. Promulgada em 8 de outubro de 1988. São Paulo: Saraiva, 2013.
- BRASIL. *Conselho Nacional de Justiça*. Justiça em Números 2013: ano-base 2012. Brasília: CNJ, 2013.
- BRINGEL, S. *CPJUS divulga números sobre custos de processos dos Tribunais brasileiros*. Tribunal de Justiça do Amapá. 2015. Disponível em:
<https://www.tjap.jus.br/portal/publicacoes/noticias/3765-cpjus->

divulga-n%C3%BAmeros-sobre-custos-de-processos-dos-tribunais-brasileiros.html. Acesso em: 25 mai. 2022.

CAMBI, E. *Julgamento prima facie (imediato) pela técnica do artigo 285 - A do CPC*. Artigo publicado na ABDP-Academia Brasileira de Direito processual. Disponível em: www.abdpc.org.br/artigos/artigo1033.doc. Acesso em: 05 jun. 2021.

_____. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*, Tradução: Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

DINAMARCO, C. R. *A reforma do Código de Processo Civil*. São Paulo: Malheiros, 1996.

_____. *A instrumentalidade do processo*. São Paulo, Malheiros, 1994.

_____. *O futuro do processo civil brasileiro*. In: *Fundamentos do processo civil moderno*, V. II. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Instituições de direito processual civil*. v. IV. São Paulo: Malheiros, 2004.

FREITAS, R. A. da S. *O Acesso à Justiça e a Instrumentalidade do Processo*. Trabalho publicado nos Anais do XVII Congresso Nacional do CONPEDI, realizado em Brasília – DF nos dias 20, 21 e 22 de novembro de 2008.

GOMES JÚNIOR., L. M. “A Repercussão Geral da Questão Constitucional no Recurso Extraordinário”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, nº 119, janeiro/2005.

KAFKA, F. *La Metamorfosis. Ante la Ley*. Buenos Aires: Centro Editor Cultura, 2008.

MARINONI, L. G. *Tutela antecipatória e Julgamento Antecipado. Parte Incontroversa da Demanda*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MARINONI, L. G. “O Direito à Efetividade da Tutela Jurisdicional na Perspectiva da Teoria dos Direitos Fundamentais”, In: *Genesis: Revista de Direito Processual Civil*, v. 1, número 28, p. 304, abr/jun 2003, Curitiba: Gênesis, 2003.

MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. *Repercussão Geral no Recurso Extraordinário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

NERY JUNIOR, N. *Princípios do Processo Civil na Constituição Federal*. ed. 11. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PEÑA, E. C. S. “Reforma do Judiciário: a polêmica em torno da adoção das súmulas vinculantes e a solução oferecida pelas súmulas impeditivas de recursos”, *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 30, nº 120, fevereiro/2005.

RANGEL, T. L. V; CAETANO, C. F. *Pensar e repensar no acesso à justiça à luz do Projeto de Florença de Mauro Cappelletti*. 2022. Disponível em: <https://www.jornaljurid.com.br/doutrina/constitucional/pensar-e->

repensar-no-acesso-a-justica-a-luz-do-projeto-de-florenca-de-mauro-cappelletti#. Acesso em : 25 mai. 2022.

RODRIGUES, H. W. *Acesso à Justiça no direito processual brasileiro*. São Paulo: Acadêmica, 1994.

SCARTEZZINI, A. M. G. “A Súmula Vinculante – O Contraditório e a ampla defesa”. *Revista de Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Ano 30, nº 120, fevereiro/2005.

TARDIN, L. G. *Fungibilidade das Tutelas de Urgência*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

TAVARES, A. R. *Nova Lei da Súmula Vinculante: estudos e comentários à Lei nº 11.417, de 19.12.2006*. São Paulo, Método, 2007.

TORRES, A. F. M. “Acesso à justiça”. *Revista Âmbito Jurídico*. nº 10, Ano III, Agosto de 2002.

WAMBIER, L. R. O Contempt of Court na recente experiência brasileira – Anotações a respeito da necessidade premente de se garantir efetividade às decisões judiciais. Artigo publicado na *ABDP - Academia Brasileira de Direito*. Disponível em: [processual.http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20Rodrigues%20Wambier\(5\)-formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/Luiz%20Rodrigues%20Wambier(5)-formatado.pdf). Acesso em: 02 jul. 2021.

WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. *Anotações sobre a efetividade do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

WAMBIER, T. A. A.; WAMBIER, L. R.; MEDINA, J. M. G. *Breves comentários à nova sistemática processual civil*. v. 2., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

WATANABE, K. Tutela antecipatória e tutela específica das obrigações de fazer e não fazer. *In*: Sálvio de Figueiredo Teixeira (Coord.). *Reforma do Código de Processo Civil*, São Paulo: Saraiva, 1996.

A violação de premissas constitucionais na condução do IPM e a lei de abuso de autoridade

Carlos Eduardo O'Reilly Cabral Posada
Procurador Autárquico.
Pós-graduado em Direito Administrativo.

Data de recebimento: 28/04/2022
Data de aceitação: 30/04/2022

RESUMO: A investigação criminal no âmbito militar possui a peculiaridade de ser conduzida por um militar que, na maioria das vezes, não tem formação em Direito. Nesse contexto, este artigo tem por finalidade apresentar uma série de premissas constitucionais fundamentais de maneira a auxiliar o encarregado do inquérito policial militar. Objetiva-se, assim, que a condução das investigações esteja em conformidade com a Constituição. De outro lado, serão apresentados os respectivos tipos penais previstos na Lei de Abuso de Autoridade com a finalidade de demonstrar que a violação dessas premissas constitucionais poderá resultar na responsabilidade criminal do Encarregado. A metodologia adotada neste artigo se respalda em pesquisas bibliográficas e na análise de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais atinentes ao assunto. Em conclusão, as premissas constitucionais apresentadas devem ser observadas pelo Encarregado na condução do inquérito policial

militar, sendo certo que, no caso de violação dessas premissas constitucionais, será juridicamente possível a sua responsabilização criminal nos termos da Lei de Abuso de Autoridade.

PALAVRAS-CHAVE: Inquérito Policial Militar; princípios constitucionais; Lei de Abuso de Autoridade; responsabilização criminal do Encarregado.

ENGLISH

TITLE: The violation of constitutional premises in conducting the military police inquiry and the abuse of authority law.

ABSTRACT: Criminal investigation in the military field has the peculiarity of being conducted by a military man who, in most cases, does not have a law degree. In this context, this article aims to present a series of fundamental constitutional premises in order to assist the person in charge of the military police investigation. The objective is, therefore, that the conduct of investigations is in accordance with the Constitution. On the other hand, the respective criminal types provided for in the Abuse of Authority Law will be presented in order to demonstrate that the violation of these constitutional premises may result in the criminal responsibility of the person in charge. The methodology adopted in this article is based on bibliographic research and on the analysis of constitutional and infraconstitutional provisions related to the subject. In conclusion, the constitutional premises presented must be observed by the person in charge when conducting the military police investigation, given that, in the event of violation of these constitutional premises, criminal liability under the terms of the abuse of authority law will be legally possible.

KEYWORDS: military police inquiry; constitutional principles; abuse of authority law; criminal responsibility of the military officer in charge.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Contextualização – 2.1 Forças Armadas – 2.2 Militares – 2.3 Polícia judiciária militar e inquérito policial militar – 2.4 Encarregado do inquérito policial militar – 3 A violação de premissas constitucionais e a Lei de Abuso de Autoridade – 3.1 Filtragem constitucional do CPPM – 3.1.1 Incomunicabilidade do indiciado – 3.1.2 Detenção do indiciado – 3.2 Sigilo do inquérito – 3.3 Proibição da autoincriminação – 3.4 Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos – 3.5 Estado de inocência – 4 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Neste artigo serão abordadas algumas premissas e precauções que deverão estar presentes nas atividades do encarregado do inquérito policial militar. Desse modo, objetiva-se a condução das investigações em conformidade com a Constituição, evitando-se, por conseguinte, a responsabilização criminal do Encarregado com base na Lei nº 13.869/19.

De início, buscar-se-á a contextualização do tema, apresentando-se um panorama das Forças Armadas enquanto instituição, seus integrantes – os militares –, bem como seu emprego.

Dessas atividades, destacar-se-á aquela relativa à apuração da prática de crime militar, isto é, a atividade de polícia judiciária militar materializada na elaboração do inquérito policial militar.

Diversamente do que ocorre no inquérito policial presidido pelo Delegado de Polícia, obrigatoriamente bacharel em Direito, o inquérito policial militar é presidido pelo Encarregado, militar da ativa, de carreira ou temporário, que na maioria das vezes não é bacharel em Direito.

O tema é relevante, pois com o advento da Lei nº 13.869/19 – Lei de Abuso de Autoridade, essa peculiaridade no âmbito castrense passou a demandar maior cautela por parte do encarregado na condução do inquérito, visto que, do contrário, poderá ser responsabilizado criminalmente pelo seu desempenho inadequado – em desconformidade com a Constituição.

A partir disso, é imprescindível ao Encarregado conhecer certas premissas constitucionais de modo a compreender os limites impostos pela Constituição, e, por conseguinte, realizar uma leitura constitucional do Código de Processo Penal Militar, ou melhor, promover o que se denomina filtragem constitucional.

Nesse contexto, a metodologia adotada neste artigo se respalda em pesquisas bibliográficas e na análise de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais atinentes ao assunto. Dessa

forma, serão apresentadas as premissas fundamentais para uma condução do inquérito em conformidade com a Constituição e os respectivos tipos penais dispostos na Lei de Abuso de Autoridade no caso de violação dessas premissas, de maneira a precaver e alertar o Encarregado sobre eventual responsabilização criminal.

Portanto, no tocante às premissas, demonstrar-se-á a inaplicabilidade da incomunicabilidade do indiciado, bem como a aplicação parcial da detenção do indiciado. Será também analisada a qualidade de sigilo do inquérito e seus desdobramentos. Também serão explorados os princípios da vedação à autoincriminação, da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos e da presunção da inocência – direitos fundamentais que devem ser preservados pelo Encarregado, sob pena de responsabilização pela Lei de Abuso de Autoridade.

2 CONTEXTUALIZAÇÃO

2.1 Forças Armadas

Inaugura-se este artigo com a definição das Forças Armadas consignada no artigo 142 da Constituição da República:

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.

Esse dispositivo constitucional traz uma série de informações, entre as quais se destacam: as qualidades, a base institucional e a destinação das Forças Armadas.

Nesse passo, com relação às qualidades institucionais, as Forças Armadas são nacionais na medida em que servem à Nação e não ao governo, independentemente de estarem alocadas no Poder Executivo como “braço armado da Administração”.¹ Ademais, por inexistir a hipótese de dissolução das Forças Armadas, é considerada permanente. Por fim, devem ser regulares, isto é, “possuir efetivos de pessoal e meios materiais necessários ao cumprimento de sua destinação constitucional e demais atribuições subsidiárias estabelecidas em lei”.²

No que tange à base institucional, figuram os valores da hierarquia e da disciplina, que, como bem aponta Adriano

¹ ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*. São Paulo: Método, 2010, p. 125.

² *Ibid*, p. 125.

Alves-Marreiros, “são garantias individuais e para a Sociedade como um todo”.³

Em apertada síntese, hierarquia resulta do escalonamento vertical e horizontal da autoridade em diferentes níveis dentro da estrutura hierárquica das Forças Armadas ao passo que disciplina se traduz na estrita observância das normas em geral que se materializa no cumprimento do dever por parte de todos dentro dessa mesma estrutura.

Logo, são vetores que norteiam a vida na caserna e que se complementam, ressaltando que possuem a mesma natureza jurídica, como observa Adriano Alves-Marreiros, ou seja, “a hierarquia e a disciplina têm natureza de dever militar”.⁴

Arremata o mesmo autor explicando que “a preservação da hierarquia e da disciplina é essencial às liberdades e à democracia já que são elas que permitem manter o braço armado do Estado sob controle do poder civil e a ele subordinado”.⁵

Por fim, cabe ressaltar a seguinte advertência de Nelson Lacava no sentido de que tais valores não excluem outros essenciais para a vida castrense. Explica:

³ ALVES-MARREIROS, Adriano. *Hierarquia e disciplina são garantias constitucionais*: Fundamentos para a diferenciação do direito militar. Londrina: Editora EDA – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020, p. 25.

⁴ *Ibid*, p. 153.

⁵ ALVES-MARREIROS, *op. cit.*, p. 43.

Hierarquia e disciplina, após o próprio conceito de soberania do Estado, são os bens jurídicos primeiros a serem tutelados pela norma penal militar. Mas não são os únicos. Transparecem outros, como a neutralidade política, o patrimônio sob administração militar, o serviço militar, o dever militar, a unidade e coesão da tropa, a administração da justiça militar, a administração militar.⁶

No que diz respeito à destinação constitucional, determina a Constituição da República que as Forças Armadas se prestam à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

No campo infraconstitucional, regulamentando norma constitucional⁷, foi editada a Lei Complementar 97/99, que abriu novos horizontes no que se refere ao emprego das Forças Armadas – as ditas atividades subsidiárias.

Assim sendo, inúmeras são as atividades pelas quais as Forças Armadas estão incumbidas, não havendo dúvidas de que são essenciais para República Federativa do Brasil. Aliás, não há outra razão para o fato de o Constituinte originário ter dedicado um capítulo específico para as Forças Armadas na Constituição.

⁶ FILHO, Nelson Lacava. *Bases do sistema de direito penal militar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019, p. 216.

⁷ Art. 142, §1º: Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas.

Por derradeiro, sem aprofundar no tema, que será oportunamente desenvolvido, é importante esclarecer que, além dessas missões constitucionais e legais (atividades subsidiárias), o Código de Processo Penal Militar confere às Forças Armadas a atribuição de polícia judiciária militar, o que permite a condução das investigações de crimes militares federais por oficiais denominados encarregados de inquéritos policiais militares.

2.2 Militares

Os membros das Forças Armadas são denominados militares, “formando uma categoria especial de servidores da Pátria, e se encontram na ativa ou na inatividade”.⁸ Para este artigo, apenas interessam aqueles que se encontram na ativa, destacando-se os militares de carreira e os militares temporários.

Conforme o artigo 3º do Estatuto dos Militares, os militares de carreira “são aqueles da ativa que, no desempenho voluntário e permanente do serviço militar, tenham vitaliciedade, assegurada ou presumida, ou estabilidade adquirida” (§2º). Por sua vez, os militares temporários são aqueles “incorporados às Forças Armadas para prestação de serviço militar, obrigatório ou voluntário, durante os prazos

⁸ ABREU, *op. cit.*, p. 236.

previstos na legislação que trata do serviço militar ou durante as prorrogações desses prazos” (§3º).

Cabe ainda destacar que apenas os oficiais poderão ser encarregados de inquérito. Logo, considerando o propósito deste artigo, cuja figura principal é o encarregado do inquérito, pontua-se que, dentre os integrantes das forças armadas, interessa apenas o militar da ativa: oficial de carreira e o oficial temporário.

2.3 Polícia Judiciária Militar e Inquérito Policial Militar

Entende-se por polícia judiciária aquela “incumbida de apurar a prática de uma infração penal (autoria e materialidade)”.⁹

Esclarece Renato Brasileiro que, no âmbito das Forças Armadas, “não há um cargo específico destinado exclusivamente ao exercício da atividade investigatória”.¹⁰ Assim, “a polícia judiciária militar é exercida pelas autoridades

⁹ GORRILHAS, Luciano Moreira; BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. *A polícia judiciária militar e seus desafios: aspectos teóricos e práticos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2016, p. 31.

¹⁰ LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processual penal: volume único*. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 263.

listadas no art. 7º do CPPM, conforme as respectivas circunscrições”.¹¹

Dentre as atribuições da Polícia Judiciária Militar, destacam-se a apuração de crimes militares; o cumprimento de mandados de prisão expedidos pela Justiça Militar; a representação a autoridades judiciárias militares acerca da prisão preventiva e da insanidade mental do indiciado; e a requisição da polícia civil e das repartições técnicas civis às pesquisas e exames necessários ao complemento e subsídio de inquérito policial militar¹².

Por outro lado, inquérito policial militar é um procedimento administrativo para a “apuração sumária de fato que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria”.¹³

Com exceção dos crimes de deserção e de insubmissão, todos os crimes militares podem ser objeto de apuração por meio do inquérito policial militar. Frisa-se, no entanto, que em alguns casos, “como dispõe o art. 27 do CPPM, o auto de prisão em flagrante delito será suficiente para a formação da convicção

¹¹ *Ibid*, p.263.

¹² Artigo 7º do Código de Processo Penal Militar.

¹³ LIMA, *op. cit.*, p.263.

da *dominus litis*, de sorte que será desnecessária a instauração do inquérito”.¹⁴

A finalidade do inquérito policial militar é de esclarecer os fatos indicando a autoria e a materialidade, respeitando-se os direitos fundamentais, bem como se dissociando da visão restrita de a todo custo intentar a acusação.

Em razão do seu caráter informativo, “não há que se reconhecerem nulidades no curso do inquérito policial militar, afetando o processo penal militar”.¹⁵

2.4 Encarregado do Inquérito Policial Militar

O encarregado do inquérito policial militar “é a autoridade que conduz as investigações zelando pela busca do esclarecimento do fato apurado, de forma imparcial, dando ao feito o impulso oficial necessário”.¹⁶

Dispõe o artigo 15 do Código de Processo Penal Militar que o Encarregado será, sempre que possível, oficial de posto não inferior ao de capitão ou capitão-tenente. Frisa-se que a “lei não veda a delegação a oficial subalterno, apenas sugere que no

¹⁴ NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito processual penal militar* - Volume Único. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020, p. 324.

¹⁵ *Ibid*, p. 326.

¹⁶ *Ibid*, p. 348.

mínimo seja um oficial no posto de capitão”.¹⁷ Deve-se observar, no entanto, a hierarquia e a antiguidade no que se refere ao investigado. Logo, inexistente óbice que impossibilite que o oficial subalterno seja encarregado do inquérito policial militar.

A questão se torna tempestuosa quando se enfoca na formação do oficial encarregado. Como cediço o militar, ou tem formação militar¹⁸, ou tem formação nos mais diversos cursos superiores – no caso de oficiais do quadro completar e do quadro de saúde (de carreira ou temporário).

Aliás, a realidade demonstra que grande parte dos encarregados não possui formação superior em Direito, o que Luciano Gorrilhas e Cláudia Britto (2021, p. 27) entendem que seria um “requisito importante e fundamental para compreender e interpretar normas jurídicas constantes na Constituição Federal, nas leis infraconstitucionais, sobretudo no Código Penal Militar e no Código de Processo penal Militar”.¹⁹

¹⁷ PINTO, Marcos José; ROSA, Denise M. Castro; TEIXEIRA, Evaldo M. Leite. *O auto de prisão em flagrante e o inquérito policial na justiça militar*. Curitiba: Brazil Publishing, 2019, p. 135.

¹⁸ É o caso da Escola Naval, Academia Militar das Agulhas Negras e Academia da Força Aérea.

¹⁹ GORRILHAS, Luciano Moreira; BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. *A investigação nos crimes militares: aspectos legais, doutrinários. Casos Concretos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2021, p. 27.

Nesse sentido, os mesmos autores desenvolvem:

Releva destacar que os delegados de Polícia Civil e os Delegados da Polícia Federal (PF), mesmo tendo formação jurídica exigência para o exercício do cargo, possuem assessoria de agentes investigadores e contam com institutos de criminalística para a realização de exames forenses. Por outro lado, não se pode olvidar que os oficiais das Forças Armadas que são designados para atuar como encarregados de IPM, além de não possuírem, muitas vezes, formação na área do Direito, não dispõem de estrutura dotada de investigadores e peritos criminais. Diante disso, são observadas lavraturas de flagrante e investigações penais contra cidadãos, militares ou não, realizada sem o crivo das garantias constitucionais ou com outros vícios procedimentais e legais, ensejando ações indenizatórias contra União.²⁰

Importante frisar que não se discute o zelo do militar, até mesmo porque um dos preceitos da ética militar é o exercício, com autoridade, eficiência e probidade das funções que lhe couberem em decorrência do cargo. Mas o que se coloca em debate é a falta de base jurídica, ou melhor, uma visão jurídica dos fatos e dos procedimentos.

Não há dúvida de que é um grande desafio para o militar que não tem formação jurídica ser nomeado encarregado de um inquérito policial militar, principalmente com o advento da Lei nº 13.869/19 – Lei de Abuso de Autoridade.

²⁰ *Ibid*, p. 27.

Portanto, é a partir desse pressuposto que se busca traçar um caminho com o intuito de auxiliar o Encarregado a atuar de maneira conforme o Direito, mostrando as premissas jurídicas fundamentais, sobretudo constitucionais, visando afastar futuras adversidades, principalmente no que tange à responsabilização do Encarregado nos termos da referida lei.

Nesse contexto, arrematam com assertividade Luciano Gorrilhas e Cláudia Britto (2021, p. 36) ao afirmarem que “quanto mais clara e transparente for a função dos atores públicos no sistema de justiça criminal militar, melhores chances de se obter procedimentos revestidos de lisura e legalidade”.²¹

3 A VIOLAÇÃO DE PREMISSAS CONSTITUCIONAIS E A LEI DE ABUSO DE AUTORIDADE

Neste capítulo serão apresentadas as premissas constitucionais, que nada mais são do que princípios constitucionais, de modo a auxiliar o encarregado do inquérito policial militar na condução das investigações, visando à conformidade com a Constituição. Também serão apresentados os correlatos tipos penais dispostos na Lei de Abuso de Autoridade que poderão ensejar responsabilização criminal do

²¹ *Ibid*, p. 36.

Encarregado no caso de violação dessas premissas constitucionais.

Nessa direção, será realizada uma filtragem constitucional do Código de Processo Penal Militar que refletirá na inaplicabilidade da medida de incomunicabilidade e na aplicação parcial da detenção do indiciado. Em seguida, serão expostos os temperamentos do sigilo do inquérito.

Na sequência, serão abordados os seguintes princípios constitucionais: vedação à autoincriminação, inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícitos e presunção da inocência.

3.1 Filtragem Constitucional do CPPM

De início, é imprescindível ao Encarregado conhecer a posição da Constituição dentro do ordenamento jurídico, isto é, compreender que a Lei Maior ocupa o topo na hierarquia das normas – imagem muito bem retratada na denominada “pirâmide de Kelsen”.

Essa condição representa o seu valor supremo, configurando o princípio da supremacia constitucional. Nesse aspecto, esclarecem Gilmar Mendes e Paulo Gonet:

O conflito de leis com a Constituição encontrará solução na prevalência desta, justamente por ser a Carta Magna produto do poder constituinte originário, ela própria elevando-se à condição de

obra suprema, que inicia o ordenamento jurídico, impondo-se, por isso, ao diploma inferior com ela inconciliável. De acordo com a doutrina clássica, por isso mesmo, o ato contrário à Constituição sofre de nulidade absoluta.²²

A partir do momento em que se estabelece a premissa da supremacia da Constituição, fica fácil para o Encarregado absorver o entendimento de que o Código de Processo Penal Militar possui alguns dispositivos desajustados com a Carta Maior e, por conseguinte, totalmente desalinhados com a realidade atual.

Nesse sentido, esclarece Cicero Robson Coimbra Neves:

Como o Código de Processo Penal Militar é datado de 1969, é imprescindível, para sua aplicação hodierna, que se faça um cotejo de seus dispositivos com a ordem constitucional, inaugurada de outubro de 1988 – furto do constitucionalismo que favoreceu a formação do Estado Democrático de Direito – valendo dizer que aquelas normas incompatíveis – mormente tendo a dignidade da pessoa humana como mote principal de interpretação –, em face da supremacia da Constituição Federal, não foram recepcionadas, devendo ser afastada a sua aplicação no processo penal militar. Por outro aporte, aquelas normas compatíveis com a Constituição Federal sobreviverão na nova ordem, sendo recepcionadas com força de lei ordinária.²³

²² MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 123.

²³ NEVES, *op. cit.*, p. 75.

Denomina-se filtragem constitucional justamente esse fenômeno – interpretação da norma infraconstitucional à luz da Constituição. Nesse quadro, Luís Roberto Barroso discorre:

Nesse ambiente, a Constituição passa a ser não apenas um sistema em si – com a sua ordem, unidade e harmonia – mas também um modo de olhar e interpretar todos os demais ramos do Direito. Esse fenômeno, identificado por alguns autores como filtragem constitucional, consiste em toda a ordem jurídica deve ser lida e apreendida sob a lente da Constituição, de modo a realizar os valores nela consagrados. Como antes assinalado, a constitucionalização do direito infraconstitucional não tem como sua principal marca a inclusão na Lei Maior de normas próprias de outros domínios, mas, sobretudo, a reinterpretação de seus institutos sob uma ótica constitucional.

À luz de tais premissas, toda interpretação jurídica é também interpretação constitucional. Qualquer operação de realização do Direito envolve a aplicação direta ou indireta da lei maior.

(...)

Em suma: A Constituição figura hoje no centro do sistema jurídico, de onde irradia sua força normativa, dotada de supremacia formal e material. Funciona, assim, não apenas como parâmetro de validade para a ordem infraconstitucional, mas também como vetor de interpretação de todas as normas do sistema.²⁴

Portanto, a leitura do Código de Processo Penal Militar deve ser feita sob a ótica da Constituição, isto é, em

²⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 363.

conformidade com os valores nela consagrados. É essa mentalidade que o encarregado do inquérito deve ter.

Frisa-se, no entanto, que não se pode exigir daquele que não possui formação jurídica aceitar, sem ressalvas, o fato de um dispositivo legal não poder ser aplicado integralmente ou poder ser aplicado parcialmente.

Nesse contexto, o grande desafio deste artigo é transportar o Encarregado para o mundo jurídico, fazendo-o compreender que certos dispositivos legais que estejam em desconformidade com a Constituição não poderão ser aplicados. Aliás, essa compreensão é essencial inclusive para o próprio resguardo do Encarregado diante da Lei nº 13.869/19.

No Código de Processo Penal Militar se destacam dois dispositivos: incomunicabilidade do indiciado e detenção do indicado.

3.1.1 Incomunicabilidade do indiciado

Com previsão no artigo 17 do Código de Processo Penal Militar, a incomunicabilidade do indiciado é um dos exemplos que melhor demonstra este desajuste com a Constituição Federal. Dispõe esse artigo que “o encarregado do inquérito poderá manter incomunicável o indiciado, que estiver legalmente preso, por três dias no máximo”.

Ademais, a título de ilustração, vale ressaltar que disposição semelhante ainda permanece no Código de Processo Penal comum, apesar das inúmeras reformas.

A origem do código adjetivo militar seria a única explicação para a previsão de uma medida como essa. Aliás, Renato Brasileiro retrata muito bem essa questão ao comentar o dispositivo semelhante no processo penal comum. Assim escreve:

Tal dispositivo é reflexo direto do caldo cultural e ideológico que deu azo ao Código de Processo Penal, cujo DNA é 100% ditatorial (*mezzo fascista, mezzo varguista*) e assumidamente tratava o acusado como objeto de prova, cujo corpo podia ser instrumentalizado coercitivamente para fins de tutela do poder punitivo.²⁵

Nesse quadro, reforça-se, mais uma vez, o dever de o Encarregado ter a Constituição da República como um norte que valide (ou não) as normas infraconstitucionais.

Mesmo que pareça estranho ao Encarregado sem formação jurídica deixar de aplicar um dispositivo previsto no Código, a verdade é que não se pode conceber, dentro do Estado Democrático de Direito, uma disposição que prive o indiciado de comunicação externa sob pena de clara violação a direitos fundamentais.

²⁵ LIMA, *op. cit.*, p.222.

A doutrina muito bem aponta o fato de que se a incomunicabilidade é vedada no Estado de Defesa ²⁶, com maior razão seria a vedação no estado de normalidade.

Além disso, a Constituição confere expressamente garantias que permitem a comunicação do preso com seus familiares ou a pessoa por ele indicada, bem como a comunicação imediata à autoridade judiciária. Nesse contexto, Renato Brasileiro expõe com grande precisão:

A despeito do teor do art. 21 do CPP, tem prevalecido o entendimento de que tal dispositivo não foi recepcionado pela Constituição Federal. A uma porque a Constituição Federal assegura que toda prisão será comunicada imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada (art. 5º, LXII) e que o preso terá direito à assistência da família e de advogado (art. 5º, LXIII). A duas porque, ao tratar do Estado de Defesa, onde há supressão de árias garantias constitucionais, a própria Constituição Federal estabelece que é vedada a incomunicabilidade do preso (art. 136, §3º, IV). Ora, se numa situação de exceção como o Estado de Defesa não se admite a incomunicabilidade, o que dizer, então, em um estado de normalidade? Por isso, pode-se dizer que o art. 21 do CPP não foi recepcionado pela Carta Magna, aplicando-se o mesmo raciocínio ao art. 17 do CPPM.²⁷

²⁶ Art. 136. §3º Na vigência do estado de defesa: IV - é vedada a incomunicabilidade do preso.

²⁷ LIMA, *op. cit.*, p.222.

Portanto, não há dúvida de que esse dispositivo não foi recepcionado pela ordem constitucional estabelecida em 1988.

Dessa forma, deve o Encarregado respeitar os direitos fundamentais do indiciado, fazendo uma releitura desse dispositivo à luz da Constituição da República, não aplicando em nenhuma hipótese a incomunicabilidade do investigado, sob pena de ser responsabilizado criminalmente nos termos do inciso II do parágrafo único do artigo 12 da Lei de Abuso de Autoridade, que assim dispõe:

Art. 12. Deixar injustificadamente de comunicar prisão em flagrante à autoridade judiciária no prazo legal:

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:
(...)

II - deixar de comunicar, imediatamente, a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontra à sua família ou à pessoa por ela indicada. (grifo nosso)

3.1.2 Detenção do indiciado

Por outro lado, a detenção do indiciado seria o exemplo de aplicação parcial do dispositivo por parte do Encarregado. Eis o artigo 18 do Código Adjetivo Militar:

Independentemente de flagrante delito, o indiciado poderá ficar detido, durante as

investigações policiais, até trinta dias, comunicando-se a detenção à autoridade judiciária competente. Esse prazo poderá ser prorrogado, por mais vinte dias, pelo comandante da Região, Distrito Naval ou Zona Aérea, mediante solicitação fundamentada do encarregado do inquérito e por via hierárquica.

Para melhor compreensão da aplicação parcial, mostra-se imperioso apresentar uma distinção sucinta entre crimes militares próprios e impróprios. Não se trata de tarefa simples, pois a lei não trata dessa diferenciação, cabendo à doutrina esse mister. Ademais, inexistente consenso doutrinário.

Tendo em vista que não é objeto deste artigo o aprofundamento dos conceitos de crime militar, adota-se a corrente de Jorge Alberto Romeiro *apud* Renato Brasileiro. Desse modo, em apertada síntese, crime propriamente militar é:

[...] aquele que só pode ser praticado por militar, pois consiste na violação de deveres restritos, que lhe são próprios, sendo identificado por dois elementos: a qualidade do agente (militar) e a natureza da conduta (prática funcional)²⁸

Noutro giro, crime impropriamente militar é “aquele delito cuja prática é possível a qualquer cidadão (civil ou

²⁸ ROMEIRO *apud* LIMA, *op. cit.*, p. 445.

militar), passando a ser considerado militar porque praticados em certas condições (art. 9º do CPM)”.²⁹

Estabelecida a diferença, a doutrina aponta que, com o advento da Constituição de 1988, o referido dispositivo teve sua aplicação parcialmente desconsiderada, valendo apenas para os crimes militares próprios. Tal redução da aplicabilidade se deve ao artigo 5º, inciso LXI, da Constituição, que estabelece:

Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.

Depreende-se desse dispositivo que no caso de crime propriamente militar, a prisão prescinde de ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária, e, por conseguinte, permite-se que a ordem provenha do Encarregado. Corroborando desse entendimento, Jorge Cesar de Assis discorre:

Com o advento da Carta de 1988, tal dispositivo restou mitigado pelo art. 5º, inc. LXI, quando assevera que “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão

²⁹ ROMEIRO *apud* LIMA, op. cit. p. 447.

militar ou *crime propriamente militar, definidos em lei*". (grifei)

Bem por isso, atualmente, o encarregado do IPM só poderá aplicar a detenção cautelar em casos de crimes militares próprios (ou puros), que são aqueles que só estão previstos no Código Penal Militar, em seu art. 9º, inc. I, v.g., crimes militares contra a autoridade ou disciplina militar, contra o serviço militar e o dever militar. Da mesma forma, entendemos que a detenção cautelar não sofre limites do art. 20 (prazos para terminação do inquérito) deste Código, já que é a própria Constituição Federal que ressalva a prisão decorrente dos crimes militares próprios (art. 5º, LXI).

A detenção cautelar, todavia, submete-se ao ordenamento jurídico vigente, devendo ser imediatamente comunicada ao juiz competente e à família do preso ou pessoa por ele indicada (CF, art. 5º, LXII), ao Ministério Público Militar (LC 75/93, art. 10) e, caso não tenha sido informado o nome do advogado, à Defensoria Pública (CPP, art. 306, §1º).³⁰

Ainda, adverte o mesmo autor que “o encarregado do IPM que aplicar a detenção cautelar em casos de crimes militares impróprios incorrerá em abuso de autoridade”.³¹

Nesse sentido, o artigo 9º da Lei 13.869/19, ao tipificar como crime a seguinte conduta:

Art. 9º Decretar medida de privação da liberdade em manifesta desconformidade com as hipóteses legais:

³⁰ ASSIS, Jorge Cesar. *Código de processo penal militar anotado*. 1. v., 4. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012, p. 64.

³¹ *Ibid.*, p. 64.

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Diante do quadro apresentado, muito embora não seja um dispositivo muito utilizado, cabe ao Encarregado partir da premissa de que, se for o caso de aplicá-lo, deverá fazê-lo de maneira restrita, isto é, apenas no caso de crimes militares próprios, devendo estar atento a essa questão, sob pena de ser responsabilizado nos termos da Lei de Abuso de Autoridade.

3.2 Sigilo do inquérito

O inquérito policial militar tem natureza inquisitiva, “o que significa dizer que não está escudado pelo contraditório”.³²

Assim sendo, o Código de Processo Penal Militar confere expressamente ao inquérito a qualidade de sigiloso.³³ Entretanto, o mesmo dispositivo franqueia ao advogado a possibilidade de conhecer do inquérito, como pontua Cícero Robson Coimbra Neves ao escrever que “o investigado, por seu advogado, pode acompanhar o desencadeamento do inquérito”.³⁴

³² NEVES, *op. cit.*, p. 360.

³³ Art. 16. O inquérito é sigiloso, mas seu encarregado pode permitir que dele tome conhecimento o advogado do indiciado.

³⁴ NEVES, *op. cit.*, p. 360.

No mesmo sentido, Renato Brasileiro:

Se, de um lado, os estatutos processuais penais dispõem que o inquérito é sigiloso, do outro, o Estatuto da OAB prevê que o advogado tem o direito de examinar, em qualquer instituição responsável por conduzir investigação, mesmo sem procuração, autos de flagrante e de investigações de qualquer natureza, findos ou em andamento, ainda que conclusos à autoridade, podendo copiar peças e tomar apontamentos, em meio físico ou digital (Lei nº 8.906/94, art. 7º, XIV, com redação dada pela Lei nº 13.245/16), sendo que tal prerrogativa aplica-se integralmente a processos e a procedimentos eletrônicos (Lei nº 8.906/94, art. 7º, §13, incluído pela Lei nº 13.793/19). Havendo informações sigilosas nos autos do inquérito policial (v.g. quebra de sigilo bancário e/ ou telefônico), todavia, não é qualquer advogado que pode ter acesso aos autos, mas somente aquele que detém procuração, nos termos do art. 7º, §10, da lei 8.906/94, acrescentado pela lei 13.245/16.³⁵

A título de exemplo, Cícero Robson Coimbra Neves cita que o advogado tem o direito de acesso “ao caderno de um inquérito policial militar tanto no quartel como na sede do Ministério Público ou da Justiça Militar, obviamente se os autos lá estiverem, conclusos ou não ao membro ou magistrado”.³⁶

³⁵ LIMA, *op. cit.*, p. 185.

³⁶ NEVES, *op. cit.*, p. 361.

Essa possibilidade decorre da própria Constituição na medida em que é direito do preso a assistência de advogado.³⁷ Nesse quadro, Renato Brasileiro conclui que “se a Carta Magna assegura ao preso a assistência de advogado, evidente que essa assistência passa, obrigatoriamente, pelo acesso do defensor aos autos do inquérito policial, sob pena de se tornar inócua a referida garantia constitucional”.³⁸

No tocante às diligências ainda não documentadas ou em andamento, Renato Brasileiro faz a seguinte ressalva:

Porém, em se tratado de diligências que ainda não foram realizadas ou que estão em andamento, não há falar em prévia comunicação ao advogado, nem tampouco ao investigado, na medida em que o sigilo é inerente à própria eficácia da medida investigatória. É o que se denomina de sigilo interno, que visa assegurar a eficiência da investigação, que poderia ser seriamente prejudicada com a ciência prévia de determinadas diligências pelo investigado e por seu advogado.

Este o motivo pelo qual o Supremo Tribunal Federal editou a súmula vinculante n. 14, cujo teor é o seguinte: “É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa”.³⁹

³⁷ Artigo 5º, inciso LXIII: “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

³⁸ LIMA, *op. cit.*, p.71.

³⁹ *Ibid*, p. 185.

Do contrário, “o acesso aos elementos de prova já documentados significa que o advogado terá direito à visita de todos os elementos informativos dos autos”.⁴⁰

É importante salientar que esse direito de acompanhar o inquérito policial não se confunde com o direito de interferir na condução investigativa. Por consequência, não cabe ao advogado “fazer reperguntas, por exemplo, nos depoimentos pessoais, ainda que possam elas ser sugeridas ao Encarregado que pode muito bem consigná-las no termo, mas isso não se torna uma obrigação”.⁴¹

Além disso, é significativo ressaltar que inexistem qualquer obstáculo de ordem legal para que o próprio investigado tenha acesso ao inquérito Policial Militar, mesmo sem a presença de advogado. Em vista disso, Cícero Robson Coimbra Neves sustenta o seguinte entendimento:

Se pode ele constituir o advogado, o que importa em poder de acesso aos autos por esse profissional, seria incongruente obstar o acesso aos autos do indiciado (ou investigado), ou até mesmo do acusado, quando já em curso de ação penal militar.⁴²

Por outro lado, com relação às demais pessoas, o mencionado autor sustenta que:

⁴⁰ GORRILHAS, 2016, *op. cit.*, p. 50.

⁴¹ NEVES, *op. cit.*, p. 362.

⁴² *Ibid*, p. 369.

A norma sobre sigilo do procedimento é perfeitamente aceitável, já que se presta a garantir a elucidação dos fatos, sendo certo que a divulgação das medidas investigatórias poderia contribuir para o insucesso da inquisição.⁴³

E prossegue:

Ademais, fazendo uma releitura do dispositivo, a sobrevivência do art. 16 na nova ordem constitucional pode ser sustentada em nome da tutela da imagem e da honra do próprio indiciado, nos termos do inciso X do art. 5º da Constituição Federal. Opor o sigilo do inquérito às demais pessoas, exceto ao advogado, naturalmente evita que a imagem e honra daquele que é investigado sejam conspurcadas.⁴⁴

Interessante observar que o Encarregado não pode negar ao interessado, sobretudo ao seu advogado, o acesso ao inquérito policial militar, sob pena de responder pela prática do crime de abuso de autoridade (Lei nº 13.869/19), nos seguintes termos:

Art. 32. Negar ao interessado, seu defensor ou advogado acesso aos autos de investigação preliminar, ao termo circunstanciado, ao inquérito ou a qualquer outro procedimento investigatório de infração penal, civil ou administrativa, assim como impedir a obtenção de cópias, ressalvado o acesso a peças relativas a diligências em curso, ou que indiquem a realização de diligências futuras, cujo sigilo seja imprescindível:

⁴³ *Ibid*, p. 369.

⁴⁴ NEVES, *op. cit.*, p. 369.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Comunga desse entendimento Renato Brasileiro ao anotar que:

A negativa de acesso do advogado aos autos da investigação preliminar, o fornecimento incompleto de autos ou o fornecimento de autos em que houve a retirada de peças já incluídas no caderno investigativo também implicará responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade do responsável que impedir o acesso do advogado, com o intuito de prejudicar o exercício da defesa (lei nº 13.869/19, art. 32, caput, c/c art. 7º, §12, da lei nº 8.906/94, incluído pela lei 13.245/16).⁴⁵

Dessa maneira, em que pese a qualidade sigilosa do inquérito policial militar, deve o Encarregado permitir que o advogado tenha amplo acesso aos elementos documentados nos autos, em plena conformação valores constitucionais, sob pena de responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade.

3.3 Proibição da autoincriminação

O “constituente originário consagrou, no inciso LXIII do art. 5º da CF, o direito expansivo ao silêncio, que não se

⁴⁵ LIMA, *op. cit.*, p.186.

constitui apenas em calar, mas também de não promover a autoincriminação por qualquer prova”.⁴⁶ De acordo com esse dispositivo, “o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado”.

A magnitude desse princípio é tamanha que, além da Constituição, conta também com previsão em convenções internacionais, como aborda Renato Brasileiro:

O direito ao silêncio, previsto na Carta Magna como direito de permanecer calado, apresenta-se apenas como uma das várias decorrências do *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual ninguém é obrigado a produzir prova contra si mesmo. Além da Constituição Federal, o princípio do *nemo tenetur se detegere* também se encontra previsto no Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos (art. 14.3, ‘g’), e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, §2º, ‘g’).⁴⁷

Consiste:

[...] na proibição de uso de qualquer medida de coerção ou intimação ao investigado (ou acusado) em processo de caráter sancionatório para obtenção de uma confissão ou para que colabore em atos que possam ocasionar sua condenação.⁴⁸

⁴⁶ NEVES, *op. cit.*, p. 126.

⁴⁷ LIMA, *op. cit.*, p. 71.

⁴⁸ *Ibid*, p. 71.

Logo, o princípio em questão representa importante garantia do investigado em face de eventuais excessos por parte do Estado, motivo pelo qual se revela imprescindível ao Encarregado compreender a sua essência.

Nessa conjuntura, Renato Brasileiro apresenta os seguintes desdobramentos do direito de não produzir prova contra si mesmo: o direito ao silêncio; o direito de não ser constrangido a confessar a prática de ilícito penal; o direito de não praticar qualquer comportamento ativo que possa incriminá-lo; e o direito de não produzir nenhuma prova incriminadora invasiva.

Com relação ao direito ao silêncio, este “corresponde ao direito de não responder às perguntas formuladas pela autoridade, funcionando como espécie de manifestação passiva da defesa”.⁴⁹ Frisa-se que o direito de permanecer calado “não é sinônimo de confissão ficta ou de falta de defesa; cuida-se de direito do acusado (CF, art. 5º, LXIII), no exercício da autodefesa, podendo ser usado como estratégia de defesa”.⁵⁰

Cabe aqui ressaltar uma situação importante desse desdobramento no que tange ao dever legal de interrupção imediata do interrogatório quando o imputado indicar que quer se valer do direito de permanecer calado. Nesse passo, a partir

⁴⁹ *Ibid*, p. 75.

⁵⁰ *Ibid*, p. 75.

do momento em que o encarregado do inquérito se deparar com a opção pelo exercício do direito ao silêncio por parte do investigado, deverá interromper de imediato o interrogatório sob pena de responsabilização nos termos do artigo 15, parágrafo único, inciso I, da Lei de Abuso de Autoridade, que assim dispõe:

Art. 15. Constranger a depor, sob ameaça de prisão, pessoa que, em razão de função, ministério, ofício ou profissão, deva guardar segredo ou resguardar sigilo:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem prossegue com o interrogatório:

I - de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio.

Nesse âmbito, assevera Renato Brasileiro:

É dentro desse contexto que deve ser compreendida a nova figura delituosa introduzida pela nova lei de abuso de autoridade, cujo art. 15, parágrafo único, inciso I, criminaliza a conduta do agente público que prossegue com o interrogatório de pessoa que tenha decidido exercer o direito ao silêncio. De maneira contundente, o novo tipo penal esclarece que, uma vez feita a opção livre e voluntária pelo direito ao silêncio, seja em relação ao odo, seja de maneira seletiva, a exemplo do que ocorre quando responde apenas às perguntas formuladas por seu defensor, impõe-se a imediata interrupção do ato, sem a formulação de mais nenhum questionamento. Toda e qualquer tentativa de dar continuidade ao ato poderá,

doravante, tipificar a figura delituosa em análise, desde que, logicamente, presente o elemento subjetivo especial do art. 1º, §1º, da Lei n. 13.869/19 (finalidade específica de prejudicar outrem ou beneficiar a si mesmo ou a terceiro, ou, ainda, por mero capricho ou satisfação pessoal).⁵¹

Resta claro, portanto, que, diante do quadro apresentado, o encarregado do inquérito, em hipótese alguma, deixará de respeitar o direito ao silêncio do investigado e muito menos constrangê-lo a confessar a prática de ilícito penal. Ademais, não pode exigir qualquer comportamento ativo do investigado que o incrimine ou mesmo permitir que se promova qualquer prova invasiva.

Dessa forma, compete ao Encarregado respeitar o princípio da vedação à autoincriminação, partindo da premissa de que não se pode colher uma prova a qualquer custo, mas sempre em conformidade com os balizamentos constitucionais e legais inerentes ao procedimento.

3.4 Inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos

Inicia-se o tópico com a seguinte afirmação: Não pode o Encarregado se valer de provas obtidas por meios ilícitos durante a condução da investigação.

⁵¹ LIMA, *op. cit.*, p. 81.

Como cediço, a Constituição é expressa nesse sentido, como se depreende do artigo 5º, inciso LVI, que dispõe: “São inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”.

A título de informação, sem pormenorizar o assunto, muito embora a Constituição utilize o termo prova ilícita, a doutrina apresenta o tema sob a rubrica de provas ilegais, que se desdobram em dois tipos: provas ilícitas e provas ilegítimas.

As provas ilícitas são:

[...] aquelas produzidas com afronta a regras de direito material, aviltando uma garantia ou direito consagrado pela ‘Lei maior’. As ilegítimas, por seu turno, compreendem as provas produzidas com afronta a uma regra legal adjetiva.⁵²

Entretanto, para os fins deste artigo, ater-se-á às provas ilícitas, uma vez que este estudo tem por objeto inculcar no Encarregado uma mentalidade alinhada com a Constituição, evitando-se a violação de uma regra de direito constitucional, passível de responsabilização criminal com fundamento na Lei nº 13.869/19.

Renato Brasileiro cita vários exemplos de inviolabilidades previstas na Constituição que, se desrespeitadas, poderão qualificar as provas como ilícitas:

⁵² NEVES, *op. cit.*, p. 138.

Inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra, da imagem (CF, art. 5º, X), inviolabilidade do domicílio (art. 5º, XI), inviolabilidade do sigilo das comunicações em geral e dos dados (CF, art. 5º, XII), vedação ao emprego da tortura ou de tratamento desumano ou degradante (CF, art. 5º, III), respeito à integridade física e moral do preso (CF, art. 5º, XLIX), etc. Exemplificando, se determinado indivíduo for constrangido a confessar a prática do delito mediante tortura ou maus-tratos, tem-se que a prova aí obtida será considerada ilícita, pois violado o disposto no art. 5º, inciso III, da Constituição Federal.⁵³

Aliás, reforça-se aqui a inviolabilidade absoluta da tortura como prática exercida visando à obtenção de uma confissão. A tortura em nenhuma hipótese pode ser utilizada.

Para ilustrar ainda mais o tema, aliado a filtragem constitucional dos dispositivos do Código de Processo Penal Militar, cita-se o artigo 176 que dispõe: “A busca domiciliar poderá ser ordenada pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes, ou determinada pela autoridade policial militar”.

Desse modo, o Encarregado deve estar atento que, nos termos da Constituição, a busca domiciliar pressupõe mandado judicial, e, por conseguinte, não tem autorização para determinar a busca domiciliar sob pena de configurar uma prova ilícita. Logo, o mencionado dispositivo da lei adjetiva militar não foi recepcionado.

⁵³ LIMA, *op. cit.*, p. 685.

Aliás, é preciso deixar claro que, caso o Encarregado deixe de assim proceder, acreditando na vigência da norma processual, em evidente violação constitucional, poderá ser responsabilizado pela Lei de Abuso de Autoridade.

Art. 22. Invadir ou adentrar, clandestina ou astuciosamente, ou à revelia da vontade do ocupante, imóvel alheio ou suas dependências, ou nele permanecer nas mesmas condições, sem determinação judicial ou fora das condições estabelecidas em lei:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Um outro exemplo seria o fato de o encarregado do inquérito se valer de:

[...] gravação clandestina de conversa informal de policiais com preso, em modalidade de 'interrogatório' sub-reptício, quando, além de o capturado não dar seu assentimento à gravação ambiental, não for advertido do seu direito ao silêncio.

Trata-se de clara prova ilícita e indubitável violação ao princípio do *nemo tenetur se detegere*.

Percebe-se que vários são os exemplos, o que demanda do Encarregado uma série de cuidados ao desenvolver suas atividades investigativas, devendo sempre se pautar pelos valores constitucionais, preservando sempre os direitos fundamentais.

Dessa maneira, a Constituição da República deve servir de norte para o Encarregado, uma vez que os valores fundamentais da sociedade estão ali garantidos, não podendo ele conduzir a investigação desrespeitando as regras constitucionais, sobretudo quanto a prova ilícita, sob pena de responder pelo crime previsto no artigo 25 da Lei 13.869/19, que dispõe:

Art. 25. Proceder à obtenção de prova, em procedimento de investigação ou fiscalização, por meio manifestamente ilícito:

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem faz uso de prova, em desfavor do investigado ou fiscalizado, com prévio conhecimento de sua ilicitude. (grifos nossos)

3.5 Estado de inocência

Por derradeiro, sem a menor pretensão de esgotar o tema, até mesmo porque não se trata do ponto central do artigo, é fundamental tecer alguns contornos sobre o princípio da presunção da inocência.

O princípio em análise encontra-se expresso na Constituição da República, precisamente no artigo 5º, inciso LVII, que assim dispõe: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Nesse quadro, Cícero Robson Coimbra Neves afirma que “todo aquele contra quem se imputa a prática de um crime militar tem o direito a que se presuma a sua inocência, até que uma sentença condenatória irrecorrível demonstre o oposto”.⁵⁴

Sendo assim, deve o Encarregado, durante a condução das investigações, adotar uma postura alinhada com a premissa de que o investigado é inocente, ou seja, não deve fazer juízos de valor que se desvirtuem da sua finalidade.

Não cabe ao Encarregado transpor a linha da condução objetiva do inquérito, alocando o investigado já numa posição de condenado, em clara ofensa à dignidade da pessoa humana – fundamento da República – nos termos do inciso III do artigo 1º da Constituição.

Ademais, sem entrar na questão da indisponibilidade do inquérito, deve o Encarregado estar atento, durante o desempenho das suas funções inquisitivas, ao artigo 30 da Lei de Abuso de Autoridade, que dispõe:

Art. 30. Dar início ou proceder à persecução penal, civil ou administrativa sem justa causa fundamentada ou contra quem sabe inocente:
Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

⁵⁴ NEVES, *op. cit.*, p. 117.

Dessa forma, em conformidade com o princípio da presunção da inocência, é dever do Encarregado conduzir de maneira técnica e objetiva o inquérito policial militar, sem expor qualquer tipo de julgamento sobre o caso, uma vez que haverá um processo subsequente para isso.

4 CONCLUSÃO

Dentre as atividades desempenhadas pelas Forças Armadas, destacou-se a atividade de polícia judiciária, sobretudo no que se refere à condução do inquérito policial militar pelo Encarregado.

Demonstrou-se que diferentemente do que se sucede no inquérito policial presidido pelo Delegado de Polícia, obrigatoriamente bacharel em Direito, o inquérito policial militar é presidido pelo Encarregado, oficial da ativa, que, na grande maioria das vezes, não tem formação em Direito – o que demanda maior cautela.

Diante desse quadro, revelou-se a posição da Constituição no ordenamento jurídico, destacando-se a sua função de conferir validade às demais normas. Além disso, consignou-se a necessidade da filtragem constitucional do Código de Processo Penal Militar.

Nesse passo, foi apresentada uma série de premissas visando à condução do inquérito em conformidade com a Constituição, bem como os respectivos tipos penais previstos na Lei de Abuso de Autoridade de modo a precaver e alertar o Encarregado sobre eventual responsabilização criminal no caso de violação.

Demonstrou-se, por intermédio da filtragem constitucional do Código Adjetivo Militar, a inaplicabilidade da incomunicabilidade do investigado, bem como a aplicação da detenção do indiciado apenas no caso de crimes militares próprios, sob pena de responsabilização nos termos da Lei de Abuso de Autoridade. Na sequência, apontou-se que, apesar da qualidade sigilosa do inquérito, deve o Encarregado permitir que o advogado tenha amplo acesso aos elementos documentados nos autos, também sob pena de responsabilização criminal e funcional por abuso de autoridade.

Por outro lado, apresentou-se o princípio da vedação à autoincriminação, que obriga o Encarregado a conferir ao investigado o direito ao silêncio, bem como o proíbe de exigir do indiciado comportamento ativo que o incrimine. No mesmo sentido, explicitou-se que o princípio da inadmissibilidade das provas obtidas por meios ilícitos deve servir de norte para que o Encarregado conduza a investigação sem desrespeitar as regras

constitucionais, evitando-se a prática de conduta criminosa prevista na Lei 13.869/19.

Ademais, pontuou-se que é dever do Encarregado conduzir de maneira técnica e objetiva o inquérito policial militar, sem expor qualquer tipo de julgamento sobre o caso, uma vez que haverá um processo subsequente para isso, em plena consonância com o princípio do estado de inocência.

Portanto, demonstrou-se que as premissas constitucionais apresentadas devem ser observadas pelo Encarregado na condução do inquérito policial militar, sendo certo que, no caso de violação dessas premissas constitucionais, será juridicamente possível a sua responsabilização criminal nos termos da Lei de Abuso de Autoridade.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano. *Hierarquia e disciplina são garantias constitucionais: Fundamentos para a diferenciação do direito militar*. 1. ed. Londrina: Editora EDA – Educação, Direito e Alta Cultura, 2020.

ASSIS, Jorge César de. *Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo*. 5. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2018.

_____. *Código de processo penal militar anotado*. 1. v. 4. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

BARROSO, Luis Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

FILHO, Nelson Lacava. *Bases do sistema de direito penal militar*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2019.

GORRILHAS, Luciano Moreira; BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. *A investigação nos crimes militares: aspectos legais, doutrinários. Casos Concretos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2021.

_____. *A polícia judiciária militar e seus desafios: aspectos teóricos e práticos*. Porto Alegre: Núria Fabris Ed., 2016.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processual penal: volume único*. 8. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de direito processual penal militar. Volume Único*. 4. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2020.

PINTO, Marcos José; ROSA, Denise M. Castro; TEIXEIRA, Evaldo M. Leite. *O auto de prisão em flagrante e o inquérito policial na justiça militar*. Curitiba: Brazil Publishing, 2019.

Do reconhecimento do princípio da insignificância pela autoridade policial judiciária militar

Cássius Antônio Barbosa Ramis

Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pelotas - UCPEL (2008). Pós-graduado em Direito Empresarial pela Universidade Anhuera – Uniderp (2013). Pós-graduado em Direito Penal Militar pelo Centro Universitário Leonardo Da Vinci – UNIASSELVI (2015). Pós-graduado em Ciências Criminais Aplicadas pela Faculdade Atame (2022).

Data de recebimento: 13/03/2022

Data de aceitação: 29/04/2022

RESUMO: O presente estudo visa a discorrer a respeito da possibilidade do reconhecimento da atipicidade material pela Autoridade Policial Judiciária Militar, aplicando por decorrência, quando preenchidos os requisitos jurisprudenciais, o postulado da bagatela. Primeiramente buscaremos tratar do assunto sob o viés principiológico do direito material, qual seja, sobre os reflexos no Direito Penal Castrense. Posteriormente, após situar o leitor na premissa material, abordaremos o aspecto Processual Penal Militar, estudando o fato bagatelar sob o enfoque processual, verificando a possibilidade de seu reconhecimento nas demandas militares pela Autoridade Policial Judiciária Militar. Quanto à conclusão, diante da evolução dos

estudos da ciência penal, no que tange à aplicação da tipicidade material pelos operadores do direito, ao qual se deve, necessariamente, incluir a Autoridade Policial Judiciária Militar, ao se verificar o preenchimento das balizas objetivas insculpidas no HC nº 138.134/BA pelo Supremo Tribunal Federal, é perfeitamente possível o reconhecimento da insignificância da infração formalmente típica.

PALAVRAS-CHAVE: aplicabilidade; Postulado da Insignificância; Autoridade Policial Judiciária Militar.

ENGLISH

TITLE: Recognition of the principle of insignificance by the military judicial police authority.

ABSTRACT: The present study aims to discuss the possibility of recognizing material atypicality by the Military Judicial Police Authority, applying as a result, when the jurisprudential requirements are met, the postulate of trifle. First, we will try to deal with the subject under the principle of substantive law, that is, on the reflexes in Castrense Criminal Law. Subsequently, after placing the reader in the material premise, we will approach the Military Criminal Procedural aspect, studying the trifle fact under the procedural approach, verifying the possibility of its recognition in the military demands by the Military Judicial Police Authority. As for the conclusion, in view of the evolution of criminal science studies, with regard to the application of material typicality by law operators, to which the Military Judiciary Police Authority must necessarily be included, when verifying the completion of the objective beacons carved in the habeas corpus n. 138.134/BA by the Federal Supreme Court, it is perfectly possible to recognize the insignificance of the formally typical infraction.

KEYWORDS: applicability; Postulate of Insignificance; Military Judicial Police Authority.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Da análise principiológica da conduta bagatelar e seu reconhecimento na seara castrense – 3 Da possibilidade de aplicação do princípio da insignificância nas demandas militares pela autoridade policial judiciária militar – 3 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Com o aprimoramento dos estudos sobre o Direito Processual Penal, surge o movimento intitulado “*processo penal moderno*”, sendo que, dentre diversos avanços, ergue-se a possibilidade do reconhecimento do Princípio da Insignificância pela Autoridade Policial.

Buscando a adaptação do direito vigente a essa nova tendência doutrinária, o presente artigo almeja trazer essa nova realidade para o Direito Processual Penal Militar, ramo do Direito pouco estudado pelos operadores do direito em geral, em razão de suas especificidades.

O tema em estudo encontra conexão com o direito material, como adiante veremos, sendo em verdade demasiadamente complexo, pois advoga-se por uma atuação “*sui generis*” do operador policial militar diante do caso

concreto: o reconhecimento de uma hipótese de atipicidade material, por sua própria iniciativa, não se limitando a mera subsunção do fato à norma penal.

Por esse motivo, primeiramente buscaremos tratar do assunto sob o viés principiológico do direito material, qual seja, sobre os reflexos no Direito Penal Castrense. Posteriormente, após situar o leitor na premissa material, abordaremos o aspecto Processual Penal Militar, estudando o fato bagatelar sob o enfoque processual, verificando a possibilidade de seu reconhecimento nas demandas militares pela Autoridade Policial Judiciária Militar.

2 DA ANÁLISE PRINCIPIOLÓGICA DA CONDUTA BAGATELAR E SEU RECONHECIMENTO NA SEARA CASTRENSE

Partindo da premissa minimalista, o Direito Penal não pode servir de instrumento protetor de todos os bens jurídicos, mas apenas deve buscar proteger os bens jurídicos mais importantes, demonstrando com isso o seu caráter fragmentário.

Da mesma forma, o Direito Penal somente deve ser acionado quando os demais instrumentos estatais falharem, comprovando neste ponto a sua subsidiariedade com os demais ramos do Direito.

Nessa senda, no caso das Forças Armadas, buscamos reafirmar que o Direito Penal Militar deve ser empregado somente quando todos os outros ramos restarem fracassados, dentre esses, em especial o Direito Administrativo Disciplinar Militar.

Desse modo, entende o Superior Tribunal Militar:

EMENTA: APELAÇÃO. RECURSO MINISTERIAL. INJÚRIA REAL. ATIPICIDADE DE CONDUTA. DOLO ESPECÍFICO. AUSENTE. FALTA DO ANIMUS INJURIANDI COM O FIM DE AVILTAR O OFENDIDO. DESPROVIMENTO. Para a caracterização do crime de injúria real, previsto no art. 217 do CPM, é necessária a presença do dolo específico no tipo penal em comento, qual seja, o animus injuriandi, com natureza aviltante. Precedente do Supremo Tribunal Federal. Inexistência de depoimento do Ofendido em juízo. Prova testemunhal que confirma ambiente hostil no local da operação militar. **Desnecessidade de utilização do Direito Penal Militar, em face dos princípios da intervenção mínima, da subsidiariedade e da fragmentariedade. Possibilidade de apuração da conduta na esfera disciplinar, a critério da Força Armada a que está vinculado o Réu.** Manutenção da absolvição imposta na Sentença. Decisão unânime (grifo nosso). (STM - Ap 0000252-83.2014.7.01.0101, rel. Min. José Barroso Filho, j, 12/12/2017).

Assim, como decorrência dos postulados da intervenção mínima, da fragmentariedade e da subsidiariedade, surge o

Princípio da Insignificância, contudo, vocacionado à tipicidade da conduta.

Neste ponto, é oportuno observar que atualmente, devemos analisar a tipicidade não apenas pelo viés formal, mas também sob o ponto de vista conglobante.

O professor Rogério Sanches¹, professor de pós-graduação em Ciências Criminais Aplicadas, leciona em sua obra:

Primeiramente, deve-se ter em consideração que a doutrina tradicional entendia a tipicidade como sendo a mera subsunção da conduta empreendida pelo agente à norma abstratamente prevista. Essa adequação conduta-norma é denominada de “tipicidade formal”. **A tendência atual, todavia, é de conceituar a tipicidade penal pelo seu aspecto formal aliado à tipicidade conglobante** (grifo nosso).

De modo perfunctório, a tipicidade conglobante demanda dois aspectos: (a) se o fato representa relevante lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado (tipicidade material); e (b) se o fato é determinado pela legislação (antinormatividade).

O Princípio da Insignificância ou da Bagatela, apresentado ao Direito Criminal por Claus Roxin², enquadra-se justamente no primeiro aspecto, notadamente no campo da tipicidade material. Assim, uma vez reconhecida a bagatela,

¹ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120). 8. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020, 83 p.

² SILVA, Davi André Costa. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. ver. Atual. e ampl. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, 104 p.

restaria afastada a tipicidade material do delito, por não alcançar uma efetiva lesividade ao bem jurídico tutelado, tornando o fato materialmente atípico, e portanto, não criminoso.

Nesse sentido, os professores Cícero Coimbra e Marcello Streifinger³ ensinam:

Questão a ser discutida diz respeito à exclusão do crime, ou seja, qual ferramenta deve ser usada para afastar a intervenção penal em face de uma conduta insignificante. A resposta está lastrada na tipicidade, entendendo a conduta descrita no tipo abstrato como aquela presumidamente lesiva o suficiente, no juízo do legislador para gerar a repressão criminal, ficando as outras, que não alcançarem tal lesividade, fora da subsunção. Em conclusão, **à luz do princípio da insignificância, a conduta não dotada de lesividade seria atípica, uma visão material – não meramente formal** (grifo nosso).

Desta feita, o termo “crime bagatelar” deve ser evitado, pois, se a conduta constitui “fato insignificante” para o ordenamento ou representa “uma bagatela” para o direito, não há por decorrência propriamente um crime, tornando, desse modo, tal expressão atécnica.

Nessa perspectiva, o professor Fábio Roque⁴ assim lesiona em sua doutrina: “Nesse sentido importante esclarecer

³ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar – Volume Único*. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2021, 111 p.

⁴ ARAÚJO, Fábio Roque. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020, 101p.

que o crime bagatelar é assim chamado de forma imprópria, pois nem sequer há crime. Excluída a tipicidade (é esta consequência do acolhimento do princípio da insignificância), não há que se falar em crime”.

Para o reconhecimento do Princípio em questão, a jurisprudência dos Tribunais Superiores criou balizas objetivas para sua aplicação, a saber: (a) mínima ofensividade da conduta; (b) nenhuma periculosidade social da ação; (c) reduzido grau de reprovabilidade do comportamento; e (d) inexpressividade da lesão jurídica provocada (STF, Segunda Turma, Habeas Corpus n. 138.134/BA, rel. Min. Ricardo Lewandowski j. 07/02/2017).

Ademais, a doutrina inclui outros vetores a serem analisados pelo aplicador, porém, sob o ponto de vista subjetivo: a situação econômica da vítima; o valor sentimental do bem; as circunstâncias e resultado do delito.

Sobre as condições pessoais da vítima, o professor Davi André⁵ destaca em sua doutrina: “Assim, mesmo que no plano abstrato a lesão ao bem jurídico possa ser considerada ínfima, a condição vulnerável da vítima (em razão da idade, de sua condição física ou mental, econômica, entre outras) pode afastar o reconhecimento da atipificante”.

⁵ SILVA, Davi André Costa. *Direito Penal: parte geral*. 3. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013, 105 p.

Feitas essas primeiras considerações, persiste saber sobre a compatibilidade do postulado da insignificância com o Direito Penal Militar. Sobre o assunto, há precedentes do Superior Tribunal Militar (STM) reconhecendo a aplicação do postulado ora estudado na Justiça Militar da União, isso quando preenchidos certos requisitos:

EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. LESÃO CORPORAL CULPOSA DE NATUREZA LEVÍSSIMA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA INFRAÇÃO DISCIPLINAR. OMISSÃO DO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. OBSERVÂNCIA AOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE, DA PROPORCIONALIDADE E DA RAZOABILIDADE. REJEIÇÃO. DECISÃO UNÂNIME. Os fundamentos lançados no Acórdão são coerentes com as provas produzidas ao longo da instrução criminal, e não há que se falar em omissão, contradição, ambiguidade ou obscuridade. As razões dos embargos de declaração, além de revolver matéria amplamente discutida nos autos, apenas revelam a indignação defensiva e a tentativa de mudar o destino dos apenados. Mediante a apreciação das provas produzidas, constatou-se que as lesões corporais ocasionadas de forma culposa à ofendida apresentavam natureza levíssima e, na esteira de precedente desta Justiça Especializada, **este Plenário, por unanimidade de votos, considerou legítima, adequada e justa a incidência do princípio da insignificância**, desclassificando a conduta para infração disciplinar. Embargos de Declaração conhecidos e rejeitados. Decisão unânime (grifo nosso) (STM, Embargos de Declaração n. 7000216-

82.2019.7.00.0000, Rel. Min. William de Oliveira Barros, j. 7. Maio. 2019).

Nesta senda, os professores Cícero Coimbra e Marcello Streifinger⁶ advertem com relação a necessidade de haver uma avaliação mais acurada nos casos de aplicação da insignificância:

Não é vedada, assim, a aplicação do princípio da insignificância em Direito Penal Militar. **Todavia, sua aplicação depende, como vimos defendendo, de uma avaliação mais acurada, que prestigie não apenas o bem jurídico primeiramente focado pela norma penal, mas também outros bens jurídicos ligados às instituições militares, que podem estar evidentes ou velados na norma penal militar, a exemplo da hierarquia, da disciplina, da autoridade,** enfim, de elementos que possam constituir a regularidade das forças militares (grifo nosso).

E justamente por abalar os bens jurídicos afetos às instituições militares, em especial à hierarquia e a disciplina, que é de todo oportuno trazermos à baila o entendimento do Ministro Ayres Britto a respeito do assunto, quando do julgamento acerca da inaplicabilidade do Princípio da Insignificância ao crime militar de tráfico, posse ou uso de entorpecente previsto no Art. 290 do Código Penal Militar:

⁶ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar* – Volume Único. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2021, 116 p.

2. A tipologia de relação jurídica em ambiente castrense é incompatível com a figura da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade ou mesmo da espécie de entorpecente sob a posse do agente, o certo é que não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. É de se pré-excluir, portanto, a conduta do paciente das coordenadas mentais que subjazem à própria tese da insignificância penal. Pré-exclusão que se impõe pela elementar consideração de que o **uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam**. Por discreto que seja o concreto efeito psicofísico da droga nessa ou naquela relação tipicamente militar, a disposição pessoal em si para manter o vício implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico funcional. Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, **mas pelo seu efeito danoso no moral da corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas, entre outros explícitos fins, para a garantia da ordem democrática**. Ordem democrática que é o princípio dos princípios da nossa Constituição Federal, na medida em que normada como a própria razão de ser da nossa República Federativa, nela embutido o esquema da Tripartição dos Poderes e o modelo das Forças Armadas que se estruturam no âmbito da União. **Saltando à evidência que as Forças Armadas brasileiras jamais poderão garantir a nossa ordem constitucional democrática (sempre por iniciativa de qualquer dos Poderes da República), se elas próprias não velarem pela sua peculiar ordem hierárquico-disciplinar interna.** (grifo nosso) (HC 103.684, Rel. Min. Ayres Britto, Plenário, DJe 13.4.2011).

Restrição esta que o STM estende aos crimes de abandono de posto⁷ (Art. 195 do CPM); de desrespeito a superior⁸ (Art. 160 do CPM); de estelionato⁹ (Art. 351 do CPM); de falsidade ideológica¹⁰ (Art. 312 do CPM); de uso de documento falso¹¹ (Art. 315 do CPM); de dormir em serviço¹² (Art. 203 do CPM); de embriaguez em serviço¹³ (Art. 202 do CPM), demonstrando com isso, uma aplicação mais temperada do princípio bagatelar.

Abordando a questão sob outro enfoque, caso a conduta verificada no seio da caserna constitua um indiferente penal, por aplicação da tese da insignificância, reconhecendo-se a fragmentariedade e a subsidiariedade do direito penal, nada impede que o mesmo fato seja analisado sob a lente do Direito Administrativo Disciplinar Militar, já que é pacífico o

⁷ Apelação n. 7000914-54.2020.7.00.0000, j. 10. Jun. 2021, Rel Min. Celso Luiz Nazareth.

⁸ Embargos de Declarações n. 7001464-83.2019.7.00.0000, j. 3. Mar. 2020, Rel Min. Lúcio Mário de Barros Góes.

⁹ Apelação n. 7000154-08.2020.7.00.0000, j. 16. Set. 2021, Rel Min. Francisco Joseli Parente Camelo.

¹⁰ Apelação n. 7001368-68.2019.7.00.0000, j. 21. Maio. 2020, Rel Min. José Coêlho Ferreira.

¹¹ Apelação n. 0000084-17.2015.7.02.0102, j. 5. Set. 2017, Rel Min. Francisco Joseli Parente Camelo.

¹² Apelação n. 7000061-45.2020.7.00.0000, j. 10. Jun. 2020, Rel Min. Luis Carlos Gomes Mattos.

¹³ Apelação n. 7000206-72.2018.7.00.0000, j. 12. Nov. 2018, Rel Min. Marco Antônio de Farias.

entendimento jurisprudencial sobre a independência das instâncias.

À vista disso, o Superior Tribunal Militar, assim compreende:

A independência das instâncias penal, administrativa e civil permite a punição pelo mesmo fato sem a ocorrência de bis in idem. Afinal, embora tanto a prática de crime militar quanto a de transgressão disciplinar infrinjam os preceitos de hierarquia e de disciplina, o crime militar é uma conduta humana mais grave, devendo ser apurada na esfera do Direito Penal Militar. Recurso não provido. Decisão por maioria. (grifo nosso) (STM, Apelação n. 7000491-94.2020.7.00.0000, Rel. Min. Carlos Vuyk de Aquino, j. 4. Fev. 21).

Adotando-se tal linha de raciocínio, é perfeitamente legal a ação do Comandante de uma Organização Militar que, aplicando o regulamento disciplinar da Força, licencia o militar transgressor, a bem da disciplina, por condutas passíveis de serem enquadradas pelo direito penal como bagatelares, aquelas que embora sejam formalmente típicas, a luz da insignificância seriam materialmente atípicas.

Tratando-se de condutas violadoras da honra pessoal, do pundonor militar ou do decoro da classe, caso fossem reconhecidas como tal após regular processo administrativo disciplinar, o licenciamento teria cabimento como medida absolutamente necessária à disciplina militar, isso a despeito da

avaliação do Poder Judiciário sobre a conduta e da imposição de pena prevista nos códigos penais.

Neste ponto, ressaltamos que a hipótese supracitada não corresponde a um concurso de crime e transgressão disciplinar, mas sim, de fato atípico materialmente, e portanto um “não crime” que concomitantemente figuraria no rol das faltas administrativas legalmente previstas, passíveis de apreciação na esfera disciplinar de cada Força Singular.

Portanto, não há subsunção ao quadro esculpido no Art. 42, §2º, do Estatuto dos Militares (Lei nº 6.880, de 9 Dez 1980), conforme segue:

Art. 42. A violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específicas.

§ 1º A violação dos preceitos da ética militar será tão mais grave quanto mais elevado for o grau hierárquico de quem a cometer.

§ 2º No concurso de crime militar e de contravenção ou transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, será aplicada somente a pena relativa ao crime.

Por fim, importante destacar um último aspecto: o Princípio da Insignificância estaria esculpido de forma expressa no Código Penal Militar? A doutrina assim reconhece, conforme veremos adiante.

Para o professor Adriano Alves-Marreiros¹⁴ e para o Cap PM Fábio Sérgio Amaral¹⁵, é expressamente reconhecido o postulado bagatelar em diversas passagens do Código Penal Militar, a saber: lesão corporal levíssima (Art. 209, § 6º); furto atenuado (Art. 240, §§ 1º e 2º); apropriação indébita (Art. 250); estelionato e outras fraudes (Art. 253); receptação (Art. 254, parágrafo único); perdão judicial no caso de receptação culposa (Art. 255, parágrafo único); dano atenuado (Art. 260); e cheque sem fundos atenuado (Art. 313, §2º).

Já para os professores Cícero Coimbra e Marcello Streifinger¹⁶, houve apenas uma evolução dogmática nessa lógica, conforme segue:

Em conclusão, não há evidências de que o legislador de 1969 tenha adotado o princípio da insignificância com todos os seus contornos cunhados em 1964, mas há clara evolução dogmática nesse sentido – que pode ser apenas intuitiva, fruto de um caminho no sentido do Direito Penal do Estado Democrático de Direito –, seja na Exposição de Motivos, seja nos

¹⁴ ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito penal militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015, 1222-1223.

¹⁵ AMARAL, Fábio Sérgio. A aplicação do princípio da insignificância no âmbito do Direito Militar. *DireitoNet*. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7576/A-aplicacao-do-principio-da-insignificancia-no-ambito-do-Direito-Militar>. Acesso em: 10 out. 2021.

¹⁶ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar – Volume Único*. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2021, 113 p.

dispositivos analisados em comparação com o CPM de 1944.

3 DA POSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NAS DEMANDAS MILITARES PELA AUTORIDADE POLICIAL JUDICIÁRIA MILITAR

Ao contrário do vasto campo doutrinário penal comum e processual penal comum, a doutrina criminal castrense ainda é muito incipiente, em razão do desconhecimento do ramo pela grande massa de operadores do direito. Sendo em pouquíssimas Universidades estudado em caráter de disciplina optativa.

A grande crítica que se faz é que o Direito Penal e Processual comum são residuais em relação ao Direito Penal Militar e Processual Penal Militar, sendo que, se o operador desconhece a disciplina penal castrense, como aplicará o Direito Penal comum de forma residual?

Neste ponto, importa destacar a inovação legislativa ocorrida no ano de 2017 com o advento da Lei nº 13.491, que aumentou consideravelmente o rol de crimes militares, passando a abarcar os crimes previstos na legislação penal, quando praticados nas hipóteses do Art. 9º, incisos II e III, do Código Penal Militar.

A Constituição Federal, em seu Art. 144, §4º, dispõe sobre a vocação das Polícias Cíveis para as funções de polícia

judiciária e a apuração de infrações penais e excepciona em sua parte final a atribuição para apuração das infrações penais militares. Neste caso, a atribuição de polícia judiciária militar incumbir-ser-á à Autoridade Militar, por força do Art. 7º do Código de Processo Penal Militar, e a competência para processar e julgar esses crimes militares caberá à Justiça Militar da União, nos termos do Art. 124 de nossa Carta Magna.

Acerca dessas atribuições, de modo tradicional a doutrina penal reconhece que a Autoridade Policial Judiciária deve feição exclusivamente a uma tipicidade formal, fazendo apenas juízo de subsunção do fato à norma, sendo que o reconhecimento da insignificância deve ser realizado somente pela Autoridade Judiciária.

Nesse sentido, o professor Fábio Roque¹⁷ dispõe:

Não podemos deixar de reconhecer, porém, que há quem sustente a tese de que o delegado não poderia fazer juízo de valor acerca da tipicidade material, mas apenas sobre a formal. Nesse caso, caberia ao delegado adotar as providências de ofício (instauração de inquérito ou lavratura de termo circunstanciado ou de auto de prisão em flagrante), para que, posteriormente, o promotor ou o juiz façam o juízo de valor acerca da insignificância.

¹⁷ ARAÚJO, Fábio Roque. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020, 103p.

Contudo, conforme supra mencionado, ao citarmos o entendimento do professor Rogério Sanches¹⁸, atualmente, o operador do Direito não pode limitar-se à análise formal da tipicidade, ignorando toda a evolução da ciência do direito penal, devendo verificar a conduta também sob o viés material da tipicidade, este incluído dentro da tipicidade conglobante, sob pena de importar um encargo para o cidadão formalmente infrator em uma eventual persecução penal.

Dessa forma, trazemos o entendimento do professor Henrique Hoffmann¹⁹:

Com a evolução dos estudos do Direito Penal, a tipicidade, que era vista sob feição exclusivamente formal, como mera subsunção do fato à norma, passou a ser visto sob outra ótica, abrangendo também o aspecto material, a demandar relevância da lesão ou perigo de lesão ao bem jurídico tutelado.

Por decorrência, o I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo editou a Súmula nº 6²⁰ e o 1º Congresso Jurídico dos Delegados da Polícia Civil do

¹⁸ CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120). 8. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020, 83 p.

¹⁹ HOFFMANN, Henrique. Delegado pode e deve aplicar o princípio da insignificância. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-18/academia-policia-delegado-aplicar-principio-insignificancia>. Acesso em: 10 out. 2021.

²⁰ Súmula nº 6, do I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo. Disponível em:

Estado do Rio de Janeiro firmou o Enunciado nº 10²¹, em que se posicionaram admitindo a análise pela Polícia Judiciária sobre a tipicidade material e seu eventual efeito bagatelar:

Súmula nº 6, do I Seminário Integrado da Polícia Judiciária da União e do Estado de São Paulo:

É lícito ao Delegado de Polícia reconhecer, no instante do indiciamento ou da deliberação quanto à subsistência da prisão-captura em flagrante delito, **a incidência de eventual princípio constitucional penal acarretador da atipicidade material**, da exclusão de antijuridicidade ou da inexigibilidade de conduta diversa (grifo nosso).

Enunciado nº 10, firmado no 1º Congresso Jurídico dos Delegados da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro:

O Delegado de Polícia pode, mediante decisão fundamentada, deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante, **justificando o afastamento da tipicidade material com base no princípio da insignificância**, sem prejuízo de eventual controle externo (grifo nosso).

Neste ponto, não podemos esquecer que a Lei nº 12.830 de 20 de junho de 2013 destaca, em seu Art. 3º, que o cargo de delegado de polícia é privativo de bacharel em Direito, **devendo-lhe ser dispensado o mesmo tratamento** protocolar

http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=16079. Acesso em: 11 out. 2021.

²¹ Enunciado nº 10, firmado no 1º Congresso Jurídico dos Delegados da Polícia Civil do Estado do Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=19860. Acesso em: 11 out. 2021.

que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados.

Assim, a compreensão de que somente membros do Ministério Público e Magistrados, poderiam fazer juízo de valor acerca da insignificância, além de ilógico e desarroado, é também ilegal.

Sendo assim, o professor Fábio Roque²² compreende:

Poderia a autoridade policial, por exemplo, deixar de instaurar o inquérito sob o argumento de que não há tipicidade material? Poderia, pelas mesmas razões, deixar de lavrar o auto de prisão em flagrante?

A despeito das controvérsias, **entendemos que sim.**

Ora, estamos diante de fato atípico (materialmente), razão pela qual o delegado não pode se ver obrigado a instaurar o inquérito ou, o que é pior, lavrar o autor de prisão em flagrante. Da mesma forma que pode **(e deve) o delegado fazer juízo de valor sobre a atipicidade formal, poderá, também fazer juízo de valor sobre a tipicidade material** (grifo nosso).

Aliado a esse entendimento, o professor Francisco Sanini²³ alerta acerca da necessidade de que as investigações funcionem como uma barreira a ser ultrapassada antes do processo. Para tanto, destaca a função preservadora das

²² ARAÚJO, Fábio Roque. *Curso de Direito Penal – Parte Geral*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020, 103p.

²³ HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. *Temas Avançados de Polícia Judiciária*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020, 50-53p.

investigações, ressaltando nela a função de filtro, a fim de evitar inquisições baseadas em acusações infundadas. Perspectiva esta que, se instaurarmos uma investigação por uma conduta materialmente atípica, indubitavelmente ocasionará.

Para o autor, a imputação injustificada gera **custos desnecessários**, tanto para o Estado, que movimenta a máquina judiciária de balde, como para o acusado, que, na condição de réu, é obrigado a suportar despesas com advogados de defesa e outros tantos dissabores.

Não bastasse isso, o fato de figurar como réu em um processo criminal constitui sempre um fator de intranquilidade, de inquietude, além da funesta possibilidade de sofrer, ainda como investigado, uma **“rotulação social”**, citando na oportunidade a “teoria do etiquetamento” (*labeling approach*), uma vez que, para o envolvido, apenas por ser investigado, já recebe a etiqueta de criminoso para o meio social em que vive.

Pensando de modo semelhante, o professor Henrique Hoffmann²⁴ (2020, 50-53p) nos ensina:

Também parece indiscutível que a **tão só instauração de procedimento policial já configura um atentado ao chamado *status dignitatis* do investigado**. O inquérito policial

²⁴ HOFFMANN, Henrique. Delegado pode e deve aplicar o princípio da insignificância. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-18/academia-policia-delegado-aplicar-principio-insignificancia>. Acesso em: 11 out. 2021.

representa um constrangimento (*strepitus*) ao investigado, embaraço esse que só será legal se houver justa causa a motivar a instauração do procedimento. É dizer, a deflagração de inquérito policial depende da possibilidade de se reunir um conjunto de elementos mínimos capazes de estabelecer um liame entre autoria e materialidade de uma infração penal (grifo nosso).

Disso, defendemos o entendimento de que a Autoridade Policial, seja ela civil ou militar, é o “*primeiro garantidor da legalidade e da justiça*”²⁵, e por esse motivo, somente poderia instaurar inquérito ou mesmo lavrar um auto de prisão em flagrante, de maneira lícita, diante de fatos materialmente típicos, ilícitos e culpáveis.

De outro giro, pensar de maneira diversa acarretaria um constrangimento ilegal ao investigado, pois este teria contra si lavrado um auto de prisão em flagrante ou um inquérito policial por um fato que sequer é considerado crime para o ordenamento jurídico.

Seguindo esse raciocínio, Professor Henrique Hoffmann²⁶ escreve:

²⁵ Ministro Celso de Melo, STF, HC 84548/SP. j. 21. Jun. 2012, Rel. Ministro Marco Aurélio.

²⁶ HOFFMANN, Henrique. Delegado pode e deve aplicar o princípio da insignificância. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-18/academia-policia-delegado-aplicar-principio-insignificancia>. Acesso em: 11 out. 2021.

Com efeito, se a insignificância for perceptível *primo ictu oculi*, o delegado de Garantias não só pode como deve aplicar o princípio da insignificância e se abster de lavrar auto de prisão em flagrante ou mesmo de baixar portaria de instauração de inquérito policial.

Não por outro motivo, inclusive, a Corte da Cidadania já se manifestou favoravelmente pelo trancamento de investigações policiais que apuravam fato materialmente atípico, reconhecendo na oportunidade ocorrência de constrangimento ilegal:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. FURTO SIMPLES. CONE DE TRÂNSITO. ÍNFIMO VALOR DO BEM. ALEGAÇÃO DE QUE O FATO FOI UMA BRINCADEIRA. REEXAME DE PROVAS. **TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. INCONVENIÊNCIA DE MOVIMENTAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO.** ORDEM CONCEDIDA. (...) VI. Deve ser aplicado o princípio da insignificância à hipótese, sendo que, mesmo que a ação penal já esteja em andamento, esta deve ser trancada, caso contrário, encerre-se o inquérito policial VII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator (grifo nosso). (STJ - HC 218.234/SP, Rel. Min. Gilson DIPP, T5 – quinta turma, j. 13. Mar. 2012, DJe 20. Mar. 2012)

Da mesma forma, em outra oportunidade, seguiu o mesmo entendimento, quando do julgamento envolvendo furto dois *steaks* de frango no valor de R\$ 2 (dois reais) cada.

RECURSO EM HABEAS CORPUS. FURTO. TRANCAMENTO DO PROCESSO. INSIGNIFICÂNCIA. VALOR ÍNFIMO. CONCEITO INTEGRAL DE CRIME. PUNIBILIDADE CONCRETA. CONTEÚDO MATERIAL. BEM JURÍDICO TUTELADO. GRAU DE OFENSA. VALOR ÍNFIMO DA SUBTRAÇÃO. RECURSO EM HABEAS CORPUS PROVIDO. 1. Para que o fato seja considerado criminalmente relevante, não basta a mera subsunção formal a um tipo penal. Deve ser avaliado o desvalor representado pela conduta humana, bem como a extensão da lesão causada ao bem jurídico tutelado, com o intuito de aferir se há necessidade e merecimento da sanção, à luz dos princípios da fragmentariedade e da subsidiariedade. 2. As hipóteses de aplicação do princípio da insignificância se revelam com mais clareza no exame da punibilidade concreta possibilidade jurídica de incidência de uma pena –, que atribui conteúdo material e sentido social a um conceito integral de delito como fato típico, ilícito, culpável e punível, em contraste com estrutura tripartite (formal). 3. Por se tratar de categorias de conteúdo absoluto, a tipicidade e a ilicitude não comportam dimensionamento do grau de ofensa ao bem jurídico tutelado compreendido a partir da apreciação dos contornos fáticos e dos condicionamentos sociais em que se inserem o agente e a vítima. 4. O diálogo entre a política criminal e a dogmática na jurisprudência sobre a bagatela é também informado pelos elementos subjacentes ao crime, que se compõem do valor dos bens subtraídos e do comportamento social do acusado nos últimos anos. 5. Na espécie, o réu primário subtraiu de estabelecimento comercial dois steaks de frango, avaliados em R\$ 4,00, valor ínfimo que não evidencia lesão ao bem jurídico tutelado e não autoriza a atividade punitiva estatal. 6. Recurso em habeas corpus provido, para determinar o trancamento da ação penal. (STJ - RHC: 126272

MG 2020/0099738-5, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, T6 - Sexta Turma. j. 1º. Jun. 2021, DJe 15. Jun. 2021)

Aliás, nesse julgamento, o Min. Schietti, em seu voto, bem observou que a inexpressividade da lesão patrimonial (R\$ 4,00) foi reconhecida pela Autoridade Policial, ao não ratificar o flagrante, reconhecendo, na oportunidade, o baixo valor do produto e a condição de miséria do envolvido.

Trazendo a temática para o reconhecimento do postulado da insignificância pela Autoridade Policial Judiciária Militar nas demandas militares, verifica-se persistir os mesmos fundamentos que legitimam o Delegado a verificar, no caso concreto, a incidência do princípio da insignificância.

Infelizmente, aqui a temática também encontra divergência na doutrina. Nesse sentido, o professor Cícero Coimbra²⁷ alerta que Luciano Gorrilhas e Cláudia Britto, assim, entendem:

Primeiro porque a PJM não tem formação jurídica suficiente para avaliar o que constitui “insignificante” para os efeitos penais. Qual deveria ser a mensuração feita? Somente o valor da res furtiva? A profundidade da lesão corporal? Ademais, a própria doutrina e jurisprudência divergem quanto aos diversos aspectos a serem dimensionados para a aplicação do princípio da

²⁷ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar* – Volume Único. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2021, 353 p.

insignificância. Com efeito, uma quantia furtada pode ser insignificante em determinado caso e no outro não. Tudo depende da situação concreta, como poder aquisitivo do lesado, por exemplo. O furto da baioneta de um fuzil militar, bem como algumas peças internas de um armamento militar, não pode ser considerado delito de bagatela, a despeito de seu pequeno valor patrimonial. O princípio da insignificância não deve ficar adstrito ao desvalor do resultado. Deve-se perquirir também se a reprovação da conduta foi mínima (grifo nosso).

Em que pese tal compreensão, o professor Cícero Coimbra²⁸ discorda de modo respeitoso com os autores mencionados, afirmando que o suposto despreparado da PJM não representa a regra nas instituições militares, e anuncia compreender ser possível o reconhecimento do fato insignificante pela Autoridade Policial Militar:

Com o devido respeito, **não concordamos** com os autores, principalmente porque o eventual despreparo da polícia judiciária militar não pode importar em gravame para o sujeito de uma eventual persecução criminal, sob pena de transferir ao administrado uma consequência negativa decorrente do despreparo da Administração. Ademais, **o despreparo não está presente como regra, muito ao contrário** se analisarmos a formação de oficiais em algumas instituições militares estaduais, em que se exige bacharelado em direito para ingresso nas academias de polícia militar, como ocorre com a

²⁸ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar* – Volume Único. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2021, 353-356 p.

tradicional Brigada Militar do Estado do Rio Grande do Sul.

Assim, diante da ínfima lesão, ainda **entendemos conveniente sustentar a atipicidade penal militar do fato em razão da bagatela, prescindindo-se, em casos gritantes, da instauração e inquérito policial militar**, em homenagem, além do **princípio da insignificância, à subsidiariedade** do Direito Penal. Vislumbrando-se de antemão a insignificância, a perquirição de um delito inexistente pela inquisição seria medida de extrema gravidade para uma consequência criminal inócua (grifo nosso).

Assim, como dito alhures, tanto a Autoridade Policial Civil como a Autoridade Policial Judiciária Militar devem ser reconhecidas como o primeiro garantidor dos direitos individuais, proferindo juízo de valor antes do Parquet das Armas e do Poder Judiciário.

Em nosso entender, a Lei nº 12.830 de 20 de junho de 2013 deve ser utilizada de modo analógico pela Polícia Judiciária Militar, merecendo, portanto, **o mesmo tratamento** protocolar que recebem os magistrados, os membros da Defensoria Pública e do Ministério Público e os advogados.

Nesse sentido, o próprio Manual de Polícia Judiciária Militar²⁹, confeccionado em conjunto por integrantes do

²⁹ Manual de polícia judiciária militar / Ministério Público Militar, Ministério da Defesa, Comando da Marinha, Comando do Exército e Comando da Aeronáutica. – Brasília, DF: MPM, 2019. Disponível em:

Ministério Público Militar, do Ministério da Defesa, da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, no ano de 2019, reconheceu em seu anexo de nº 45, ao tratar a temática do despacho de indiciamento, o uso da analogia ao disposto na Lei 12.830/2013 para o exercício da Autoridade Policial Judiciária Militar.

Por oportuno, observamos que a Lei nº 12.830/2013, que dispõe sobre a investigação criminal conduzida pelo delegado de polícia, exige que em seu Art. 3º ser o cargo de delegado de polícia privativo de bacharel em Direito.

À vista disso, importante destacar o fato de que as Forças Armadas dispõem de bacharéis de Direito em seus quadros, os quais atuam, em geral, nos Corpos Jurídicos de cada Força. Esses profissionais compõem os quadros técnicos, complementares ou de apoio das Forças e são admitidos ao Serviço Militar mediante matrícula em Órgão de Formação da Ativa, após aprovação em concurso público, constituindo como requisito o bacharelado em direito e o registro na Ordem dos Advogados do Brasil³⁰.

<https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2019/06/manual-pjm.pdf> e <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2019/06/ipm-45---despacho-de-indiciamento.odt>. Acesso em: 10 out. 2021.

³⁰ Na Marinha do Brasil, o Quadro Técnico (QT) é regulado pela Lei nº 9.519/97; no Exército, existe o Quadro Técnico Temporário (OTT) e o Quadro Complementar de Oficiais (QCO); e na Aeronáutica, o Quadro de Oficiais de Apoio (QOAp) inaugurado pela Lei nº 12.797/13.

Logo, verifica-se que havendo delegação da Autoridade Policial Judiciária Militar aos militares das Forças Armadas do quadro técnico de direito, não haveria nenhum impedimento legal para aplicar de modo pacífico a Lei nº 12.830/2013, adotando-se a mesma regra na sistemática processual penal militar investigativa.

De qualquer modo, a Autoridade Policial Judiciária Militar ao perceber uma conduta tipicamente formal deve agir com cautela e colher todos os elementos de informação, para que ao final, de forma fundamentada, reconhecendo a presença dos requisitos propostos pelo STF e STM, decidir pela aplicação da tese da insignificância, e por conseguinte, afastar a lavratura da prisão em flagrante ou rechaçar instauração do inquérito policial militar.

Aliás, importa destacar que, ao agir desse modo, a Autoridade de Polícia Judiciária não correria o risco de incidir no tipo penal da prevaricação (Art. 319, do CPM), pois não haveria dolo em sua conduta, nesse sentido dispõe Wilson Luiz Palermo Ferreira³¹ ao relatar a posição do também professor André Luis Nicolitt:

³¹ FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. *Percepção dos Aspectos Analíticos do Delito na Atuação Concreta do Delegado de Polícia*. 2. ed. rev. Ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2021, 144p.

Nesse sentido, em se deparando com verdadeiro fato insignificante, Nicolitt sustenta que, verificado que a notícia de crime não procede, **o Delegado de Polícia está autorizado** a deixar de lavrar o flagrante ou, simplesmente, deixar de instaurar inquérito policial. O autor sustenta, ainda, que **não caberia a afirmação de prevaricação** em face da autoridade policial que, ao invés de instaurar inquérito policial ou lavrar auto de prisão em flagrante, faz opção por registrar a ocorrência, fundamentado seu juízo sobre a atipicidade da conduta, haja vista que **para a prática da prevaricação é preciso haver dolo, o que não se extrairia através da fundamentação técnico-jurídica daquele profissional** (grifo nosso).

Ademais, diante do conjunto probatório colhido, não se furta que posteriormente seja realizado tanto o controle interno pelos escalões superiores, como o controle externo por parte do Ministério Público Militar ou pelo Poder Judiciário.

Inclusive, esse é o entendimento do Professor Rogério Sanches, exposto durante as aulas da pós-graduação em ciências criminais aplicada, em que se posicionou favorável pela aplicação do princípio da insignificância pela Autoridade Policial, fazendo uma ressalva, que exista a viabilidade do controle externo pelo Ministério Público.

No mesmo sentido, o professor Cícero Coimbra³², ao tratar sob o ponto de vista processual penal militar, entende:

³² NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar* – Volume Único. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2021, 354 p.

Nesses casos de não instauração, todavia, é preciso sustentar que a autoridade de polícia judiciária militar deve remeter os documentos que levaram a decidir (investigação preliminar, sindicância etc) à Justiça Militar Estadual (ou da União, conforme o caso) ou diretamente ao Ministério Público, ad cautelam, para que o dominus lictis se manifeste acerca da questão, requisitando, se for o caso, a instauração de inquérito policial militar.

4 CONCLUSÃO

Em suma, diante da evolução dos estudos da ciência penal, no que tange à aplicação da tipicidade material pelos operadores do direito, ao qual se deve, necessariamente, incluir a Autoridade Policial Judiciária Militar, ao se verificar o preenchimento das balizas objetivas insculpidas no HC nº 138.134/BA pelo Supremo Tribunal Federal, entendemos ser perfeitamente possível o reconhecimento da insignificância da infração formalmente típica.

Para tanto, a Autoridade Policial Judiciária Militar deverá dar ciência do fato ao Ministério Público Militar, uma vez que este é o dono da ação penal, cabendo-lhe exercer o controle externo da atividade policial, conforme disposto no Art. 129, inciso VII, de nossa Carta Magna.

Dessa feita, o fato bagatelar não sendo considerado crime, não haverá a subsunção ao Art. 42, §2º, do Estatuto dos

Militares (Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980), sendo, portanto, perfeitamente viável a repressão disciplinar do fato, sem nenhum risco de violar o princípio ne *bis in idem*, podendo, inclusive ocorrer o licenciamento a bem da disciplina, se a repressão imediata se tornar absolutamente necessária à disciplina.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. *Direito penal militar*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2015.

AMARAL, Fábio Sérgio. A aplicação do princípio da insignificância no âmbito do Direito Militar. *DireitoNet*. Disponível em: <https://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/7576/A-aplicacao-do-principio-da-insignificancia-no-ambito-do-Direito-Militar>. Acesso em: 10 out. 2021.

ARAÚJO, Fábio Roque. *Curso de Direito Penal Parte Geral*. 3. ed., rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020.

ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempo de guerra*. 8. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 08 out. 2021.

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: 08 out. 2021.

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: 08 out. 2021.

CONGRESSO JURÍDICO DOS DELEGADOS DE POLÍCIA. *Enunciado nº 10*, Rio de Janeiro. Disponível em: http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=19860. Acesso em: 11 out. 2021.

CUNHA, Rogério Sanches. *Manual de direito penal: parte geral* (arts. 1º ao 120). 8. ed. rev., ampl., e atual. Salvador: JusPODIVM, 2020.

FERREIRA, Wilson Luiz Palermo. *Percepção dos Aspectos Analíticos do Delito na Atuação Concreta do Delegado de Polícia*. 2. ed. rev. Ampl. e atual. Salvador: Editora JusPODIVM, 2021.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

HOFFMANN, Henrique. Delegado pode e deve aplicar o princípio da insignificância. *Conjur*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-ago-18/academia-policia-delegado-aplicar-principio-insignificancia>. Acesso em: 10 out. 2021.

HOFFMANN, Henrique; FONTES, Eduardo. *Temas Avançados de Polícia Judiciária*. 4. ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2020.

SILVA, Davi André Costa. *Direito Penal*: parte geral. 3. ed. ver. Atual. e ampl. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

MACHADO, Leonardo Marcondes. *Manual de Inquérito Policial*. Belo Horizonte: CEI, 2020.

MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR; MINISTÉRIO DA DEFESA; COMANDO DA MARINHA; COMANDO DO EXÉRCITO; COMANDO DA AERONÁUTICA. Manual de polícia judiciária militar. Brasília, DF:MPM, 2019. Disponível em: <https://www.mpm.mp.br/portal/wp-content/uploads/2019/06/manual-pjm.pdf>. Acesso em: 10 out. 2021.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Manual de Direito Penal Militar – Volume Único*. São Paulo: Editora JusPODIVM, 2021.

I SEMINÁRIO INTEGRADO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA DA UNIÃO E DO ESTADO DE SÃO PAULO. *Súmula nº 6*. Disponível em: http://www.adepolrj.com.br/adepol/noticia_dinamica.asp?id=16079. Acesso em: 11 out. 2021.

UZEDA, M. *Direito Penal Militar*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

Força Expansiva dos Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas: (Im)Possibilidade de enquadrar normas civis como Transgressão Disciplinar

Hoffmam Rodrigues da Silva

Militar da Força Aérea Brasileira.

Bacharel em Direito – UFMS.

Pós Graduado em Processo Penal e Direito Penal – LFG.

Data de recebimento: 26/04/2022

Data de aceitação: 02/05/2022

RESUMO: O presente estudo tem o intuito de analisar a possibilidade do enquadramento de normas civis de direito brasileiro como Transgressão ou Contravenção Disciplinar nas Forças Armadas haja vista a existência de mandamento regulamentar permitindo tal ampliação constituindo uma verdadeira Legislação Disciplinar Indireta ou Extravagante. A força expansiva do artigo 7º, paragrafo único, do RDM (Regulamento Disciplinar para a Marinha), e do artigo 10, paragrafo único, do RDAER (Regulamento Disciplinar da Aeronáutica), garantem amplitude da norma regulamentar daquelas Forças em contraponto ao artigo 15 do RDE

(Regulamento Disciplinar do Exército), que não revela amplitude de normas extramuros com força expansiva. Não obstante a inobservância dos requisitos jurídicos de procedibilidade exigidos para aplicação das normas civis de direito brasileiro vão de encontro ao devido processo legal e o contraditório. O objeto deste artigo é o estudo das normas expansivas contidas nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas. Será analisado, ainda, um caso concreto em concomitância com ordenamento jurídico vigente além do levantamento bibliográfico e do conhecimento empírico experimentado. Em conclusão, verificou-se que, a depender da Força e da conduta, é perfeitamente possível ampliar o rol disciplinar, desde que a norma transposta seja aplicada de acordo com seus ditames legais, suas normas regulamentadoras ou procedimentais. Este estudo também sugere uma reforma nos regulamentos disciplinares editados antes da CF88 com a finalidade de torná-los compatíveis com todo o ordenamento jurídico pátrio e com a Constituição vigente.

PALAVRAS-CHAVE: normas civis; força expansiva; transgressão disciplinar.

ENGLISH

TITLE: Expansive Force of Disciplinary Regulations of the Armed Forces: (Im) Possibility of framing civil norms as Disciplinary Transgression.

ABSTRACT: The present study aims to analyze the possibility of framing civil norms of Brazilian law as Disciplinary Transgression or Misdemeanor in the Armed Forces, given the existence of a regulatory commandment allowing such expansion, constituting a true Indirect or Extravagant Disciplinary Legislation. The expansive force of article 7, sole

paragraph, of the Disciplinary Regulations for the Navy and article 10, sole paragraph, of the Aeronautics Disciplinary Regulation, guarantee breadth of the regulatory norm of those Forces in contrast to article 15 of the Army Disciplinary Regulations, which does not reveal breadth of extramural standards with expansive force. Notwithstanding the non-observance of the legal requirements of procedure required for the application of the civil norms of Brazilian law, they go against the due process of law and the contradictory. The object of this article is the study of the expansive norms contained in the disciplinary regulations of the Armed Forces. A concrete case will also be analyzed in conjunction with the current legal system, in addition to the bibliographic survey and empirical knowledge experienced. In conclusion, it was found that, depending on the Force and conduct, it is perfectly possible to expand the disciplinary role, provided that the transposed norm is applied in accordance with its legal dictates, its regulatory or procedural norms. This study also suggests a reform in the disciplinary regulations edited before Federal Constitution of 1988 in order to make them compatible with the entire national legal system and with the current Constitution.

KEYWORDS: civil norms; expansive force; disciplinary transgression.

SUMÁRIO

1 Introdução – 2 Regulamento Disciplinar – 3 Natureza Jurídica dos Regulamentos Disciplinares – 4 Transgressão Disciplinar – 5 Força expansiva dos Regulamentos Disciplinares – 6 (Im) Possibilidade de ampliação do rol de transgressões disciplinares – 7 Da Discricionariedade à Vinculação da autoridade

denunciante – 8 Requisitos e procedibilidade no caso adaptado
– 9 Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

No Estado Democrático de Direito, o contraditório e a ampla defesa são princípios garantidores da liberdade, que são robustecidos pelo princípio da legalidade constituindo importante instrumento para manter a dignidade e liberdade da pessoa humana.

Não obstante, verificamos que os regulamentos disciplinares constituem um importante instrumento para reforçar e manter os princípios basilares das Forças Armadas, que são hierarquia e disciplina, previstos no art. 142 da Carta Magna.

Destarte a importância do direito militar, essa disciplina é deveras esquecida inclusive pelas instituições de ensino superior em seus cursos regulares de direito. Com base na baixa difusão do tema, existem poucos doutrinadores e produção científica acerca do assunto, mas isso não significa que as que existem sejam rasas.

Assim, baixa difusão é sinônimo de poucos operadores do direito engajados no tema. Citamos por exemplo a cancelada previsão sumulada (343) do Supremo Tribunal Justiça nos

seguintes termos: "É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar". Poucos profissionais verificariam a possibilidade de aplicação daquela previsão ao direito disciplinar militar. A súmula do STJ foi questionada no Supremo Tribunal Federal, que, em 2008, editou a Súmula Vinculante nº 5, com sentido exatamente oposto: "A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição".

De todo modo, observamos que os enunciados sumulares são o resumo de entendimentos consolidados nos julgamentos da corte e orientam toda a comunidade jurídica sobre a sua jurisprudência e verificamos a dificuldade de traçar um paralelo entre as normas civis e as militares. Diante da complexidade do tema, prescrevemos que a deficiência técnica daqueles que se veem constrangidos e acusados em procedimentos administrativos visando a punição disciplinar, e no caso do militar a iminência de terem suas liberdades em risco, devem lançar mão de todas as ferramentas disponíveis para reafirmar o contraditório e a ampla defesa para efetivação do devido processo legal.

Desta forma, o objetivo deste trabalho é traçar um paralelo entre os regulamentos militares e a possibilidade de utilizar-se de normas civis no âmbito disciplinar, mostrando a necessidade de adequação ao Direito Posto. Apresentar, seja ao

operador do direito ou mesmo àquele que desejar realizar sua própria defesa, em processo ou procedimento disciplinar, as possibilidades jurídicas.

Este artigo também objetiva o estudo das normas expansivas contidas nos regulamentos disciplinares das Forças Armadas, com análise de um caso concreto em concomitância com ordenamento jurídico vigente, além do levantamento bibliográfico e do conhecimento empírico experimentado.

2 REGULAMENTO DISCIPLINAR

As normas e regulamentos disciplinares no Brasil surgiram da necessidade de organizar as condutas nas instituições militares. Segundo Freire Júnior (2011), o primeiro regulamento disciplinar militar de que se tem notícia no Brasil é o Regulamento do Conde de Lippe, do ano de 1763, com o título de “Artigos de Guerra”. Idealizado por Wilhelm Shaumburg Lippe, esse regulamento serviu de base para a legislação militar Brasileira e Portuguesa. Segundo Silva (1982, p. 10 *apud* FREIRE JÚNIOR, 2011) as formas de punição se davam:

[...] pelos castigos corporais que incluíam a imobilização em troncos de madeira, repressões verbais e surras com espada de prancha. Os crimes eram julgados por um Conselho de Guerra e as penas cominadas eram as surras,

prisão perpétua com correntes de ferro no tornozelo e a pena de morte.

Freire Júnior (2011) relata ainda que o segundo marco histórico acerca dos regulamentos disciplinares ocorreu no ano 1862 quando o Marechal Duque de Caxias substituiu o regulamento de Lippe pelo Regulamento Correcional das Transgressões Disciplinares, dando origem ao Regulamento Disciplinar do Exército. Porém, o regulamento de Lippe perdurou até a independência do Brasil em 1889.

Apenas no ano de 1910, com a deflagração da Revolta da Chibata, a qual visava amenizar o sofrimento dos militares de baixa patente nos navios brasileiros, impulsionou-se a abolição das penas corporais infligidas aos militares.

Até a elaboração dos regulamentos disciplinares atuais, vigorou o Código Penal da Armada de 1891; e, com a evolução das atividades militares e do ordenamento jurídico brasileiro, surge a necessidade de distinguir crime militar de transgressão disciplinar.

Para tanto se fez imprescindível a elaboração de diferentes regulamentos para cada um dos componentes das Forças Armadas Brasileiras tendo em vista suas particularidades. Os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas servem para criar regras de condutas e delimitar as sanções e o modo de aplicação. Para Silva (2011):

O regulamento disciplinar militar ocupa a função, no ordenamento jurídico, de ordenar as condutas dos militares prejudiciais aos fundamentos da hierarquia e disciplina sem que estas condutas alcance status de crime militar, os quais estão obrigatoriamente tipificados no Código Penal Militar, ou seja, os regulamentos disciplinares militares preveem as condutas tidas como transgressão disciplinar, cominando-lhes penas que vai de advertência, passando pela detenção, prisão até a pena mais grave que é a exclusão a bem da disciplina, bem como estabelece regras para o desenvolvimento do processo disciplinar militar e a correta aplicação da pena. (SILVA, 2011)

As Forças Armadas são plasmadas pelos princípios constitucionais elencados no art. 142 CF/88: “[...] organizadas com base na hierarquia e na disciplina”, deste modo, os regulamentos disciplinares se fazem necessários à finalidade de manter íntegros esses princípios que são as bases dessas instituições. Conforme (Rosa 2001, p. 18) o “Regulamento disciplinar é diploma castrense que trata das transgressões disciplinares às quais estão sujeitos os militares pela inobservância desses princípios de hierarquia e disciplina”.

Com base nisso foram organizados os regulamentos disciplinares, sendo o primeiro deles o Regulamento Disciplinar do Exército (RDE), que fora baixado pelo Decreto nº 8.835 de 23 de fevereiro de 1942. Atualmente é regido pelo Decreto nº 4.346 de 26 de agosto de 2002, que revogou o Decreto nº 90.608 de 08 de dezembro de 1984. O Exército cronologicamente

possui o primeiro e o último regulamento disciplinar, sendo este o que mais se aproxima da realidade jurídica atual.

A Aeronáutica teve como primeira norma disciplinar o “Regulamento Disciplinar da Aeronáutica” (RDAER), instituído pelo Decreto nº 11.665 de 17 de fevereiro de 1943, revogado pelo Decreto nº 76.322 de 22 de setembro de 1975 e nunca mais foi alterado por outro decreto.

Já a Marinha do Brasil teve como sua primeira norma Disciplinar o Decreto nº 38.010 de 5 de Outubro de 1955, “Regulamento Disciplinar da Marinha” (RDMAR), revogado mais tarde pelo Decreto nº 88.545 de 26 de junho de 1983, com alterações inexpressivas introduzidas pelo Decreto nº 1.011 de 22 de dezembro de 1993.

3 NATUREZA JURÍDICA DOS REGULAMENTOS DISCIPLINARES

Os Regulamentos Disciplinares possuem posição enciclopédica e natureza jurídica diferenciada com um preponderante apontamento e respeito à hierarquia normativa. Sendo o processo legislativo brasileiro complexo, verifica-se muita divergência doutrinária a respeito da hierarquia de normas.

O fato é que dependendo do enfoque esse conflito é apenas aparente. Quando se observa pela órbita primária e secundária, têm-se maiores esclarecimentos e a verdadeira dimensão do ordenamento jurídico. O importante advogado Diógenes Gomes Vieira, especialista em direito militar, faz importante distinção entre as espécies normativas:

- a) Normas Constitucionais: Aquelas inseridas na CF 88.
- b) Normas Infraconstitucionais: Aquelas inferiores à CF 88, mas que tem validade oriunda na própria Constituição Federal.
- c) Normas Infralegais: Aquelas que são inferiores às leis, logo, também inferior à Constituição. (VIEIRA, 2009, p. 385).

Com a finalidade de classificar as normas intituladas Regulamentos Disciplinares, deve-se orientar pela combinação da competência legislativa atribuída ao Presidente da República contida no Art. 61, §1º, incisos I, II alínea, f, da CF/88, com as espécies elencadas no Art. 84, incisos, III e IV, do mesmo diploma:

Art. 61 [...] § 1º - São de iniciativa privativa do Presidente da República as leis que:
I - fixem ou modifiquem os efetivos das Forças Armadas;
II - disponham sobre:
[...] f) militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, promoções, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva. (Constituição Federal, 2009).

Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

[...] III - iniciar o processo legislativo, na forma e nos casos previstos nesta Constituição;

IV - sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir **decretos e regulamentos** (grifo nosso) para sua fiel execução; [...]
(Constituição Federal, 2009, p. 65-66).

Assim, verifica-se que a competência para editar regulamentos disciplinares é do Presidente da República sob a forma de decretos e regulamentos, constituindo uma norma punitiva *sui generis* em relação ao ordenamento infraconstitucional.

4 TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR

O direito militar não é objeto de estudo da maioria dos cursos e dos operadores de direito. É muito comum confundir crime militar com transgressão disciplinar, porém essas espécies de infrações são diferentes entre si, cada uma tutelando um grau diferente de violação ao bem jurídico militar. A tutela do crime militar cabe ao Código Penal Militar (CPM); e quanto às transgressões, estas são disciplinadas nos Regulamentos Disciplinares. Para não se confundirem as duas espécies normativas, é necessário trazer uma explicação acerca do enunciado nos regulamentos.

No art. 6 do RDM, o conceito de Transgressão Disciplinar é definido como:

Art. 6º - Contravenção Disciplinar é toda ação ou omissão contrária às obrigações ou aos deveres militares estatuídos nas leis, nos regulamentos, nas normas e nas disposições em vigor que fundamentam a Organização Militar, desde que não incidindo no que é capitulado pelo Código Penal Militar como crime.

No art. 14 do RDE, o conceito de Transgressão Disciplinar é definido como:

Art. 14. Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

No art. 8º do RDAER, o conceito de Transgressão Disciplinar é definido como:

Art. 8º Transgressão disciplinar é toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento. Distingue-se do crime militar que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar. (RDAER, 1975, p. 2).

Além dos Regulamentos Disciplinares, a Transgressão Disciplinar é também apurada no Estatuto dos Militares, Lei nº 6880/80. Esse estatuto é comum às três forças, portanto regula

comportamentos, traz direitos e deveres norteadores do profissional militar. No que tange às Transgressões Disciplinares, analisemos os Arts. 42 e 47 desse Estatuto:

Art. 42 – A violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específicas. (Estatuto dos Militares, 1980, p.18)

Art. 47 – Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares. (Estatuto dos Militares, 1980, p.19)

Não obstante a alteração do CPM trazida pela lei 13.491/17, crime militar, no entendimento de Célio Lobão (2006, p. 56 apud VIEIRA, 2009, p. 84), é definido da seguinte forma:

Nessa linha de raciocínio, em face do direito positivo brasileiro, o crime militar é a infração penal prevista na lei penal militar que lesiona 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 militar.

Do ponto de vista legal, não é possível afirmar se os regulamentos são ou não de aplicação subsidiária frente ao CPM. Mas podemos afirmar que ambos tutelam os mesmos

princípios basilares do militarismo quais sejam: “hierarquia e disciplina”. Com intuito de clarear a diferença vejamos os comentários de Cicero Robson Coimbra Neves e Marcelo Streinfinger acerca do tema:

Por outros, no entanto, a diferença entre as consequências da prática do ilícito penal militar e administrativo, e dessa forma a própria natureza dos dois ilícitos, não é substancial (qualitativa), e sim de gradação (quantitativa), ou seja, o ilícito penal militar e o ilícito disciplinar possuem o mesmo objeto, aviltam o mesmo bem da vida, apenas diferenciando-se na gradação de afronta num caso e noutro. (NEVES; STREINFINGER, 2021 p. 147)

Destarte os regulamentos em seu sentido amplo, observamos que os ilícitos praticados por militares que não chegam a ser crime militar serão por exclusão transgressões disciplinares. E, guardadas as devidas proporções, podemos dizer que os regulamentos disciplinares estão para o CPM assim como a Lei das Contravenções Penais está para o Código Penal.

5 FORÇA EXPANSIVA DOS REGULAMENTOS DISCIPLINARES

Todos os regulamentos disciplinares trazem artigos que explicam o conceito de transgressão disciplinar e também trazem em seu bojo um rol de contravenções em espécie.

Os três regulamentos trazem considerações bem semelhantes, sendo o RDAER e o RDMAR os mais próximos entre si. São pouquíssimas as diferenças, sendo a mais importante o nome dado à ação ou omissão às normas: o RDMAR trata como “contravenção disciplinar” e o RDAER assim como RDE leciona “transgressão disciplinar”.

Os dois primeiros trazem conceitos próximos, porém com amplitudes diferentes. O RDAER abarca transgressão como “qualquer ação ou omissão”, portanto, considerado de amplitude máxima, ao passo que o RDM abarca somente “ações” contrárias à norma administrativa constituindo norma de amplitude moderada.

Já o RDE é o regulamento que possui maiores particularidades, o rol das transgressões vem como anexo e o conceito genérico tem baixa amplitude, diferentemente do que acontece com os regulamentos das outras Forças. Passemos a analisar o artigo 14, *caput*, § 1º, e o artigo 15 do RDE *in verbis*:

Art. 14. Transgressão disciplinar é toda ação praticada pelo militar contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares, mesmo na sua manifestação elementar e simples, ou, ainda, que afete a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe.

§ 1º Quando a conduta praticada estiver tipificada em lei como crime ou contravenção penal, não se caracterizará transgressão disciplinar.

Art. 15. São transgressões disciplinares todas as ações especificadas no Anexo I deste Regulamento. (RDE, 2002, p. 4-5)

A amplitude é baixa porque ainda que o art. 14 contenha a expressão “contrária aos preceitos estatuídos no ordenamento jurídico pátrio ofensiva à ética, aos deveres e às obrigações militares”, raras vezes infrações civis contrariam deveres e obrigações militares. O art.15 reafirma a mínima amplitude do RDE taxando as transgressões como apenas as ações contidas em seu anexo 1, que traz as transgressões em espécie relativas aos militares do Exército Brasileiro. Não podemos deixar de mencionar a subjetividade e generalidade do conceito do que seriam honra pessoal e pundonor militar, dando margem à discricionariedade do administrador aplicador do regulamento.

6 (IM) POSSIBILIDADE DE AMPLIAÇÃO DO ROL DE TRANSGRESSÕES DISCIPLINARES

O objeto maior deste trabalho é apresentar as normas que diferem em amplitude aos regulamentos disciplinares das FFAA, para que estes alcancem normas civis formando uma verdadeira “ponte jurídica” entre os regulamentos e as leis civis. Assim, passaremos a observar o Art. 7º, parágrafo único, do RDM, e o

Art. 10, parágrafo único, do RDAER responsáveis por essa ampliação:

Art. 7º - São contravenções disciplinares: [...]

Parágrafo único - São também consideradas contravenções disciplinares todas as **omissões (grifo nosso)** não especificadas no presente artigo, desde que não qualificadas como crimes nas leis penais militares cometidos contra preceitos de subordinação e regras de serviço estabelecidos nos diversos regulamentos militares e determinações das autoridades superiores competentes. (Regulamento Disciplinar da Marinha, DECRETO Nº 88.545, DE 26 DE JULHO DE 1983, p.6)

Art. 10. São transgressões disciplinares, quando não constituírem crime: [...]

Parágrafo único. São consideradas também, transgressões disciplinares as **ações ou omissões (grifo nosso)** não especificadas no presente artigo e não qualificadas como crime nas leis penais militares, contra os Símbolos Nacionais; contra a honra e o pundonor individual militar; contra o decoro da classe; contra os preceitos sociais e as normas da moral; contra os princípios de subordinação, regras e ordens de serviço, estabelecidos nas leis ou regulamentos, ou prescritos por autoridade competente. (Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, DECRETO Nº 76.322, DE 22 DE SETEMBRO DE 1975, p.6)

Realizando uma análise crítica desses parágrafos únicos, podemos verificar o quão vagos, lacunosos e ampliativos eles são. O que reafirma que o RDAER amplia o rol das transgressões disciplinares em torno das “**ações e omissões**” a dispositivos legais que regem a vida civil, constituindo-se em

uma Máxima Força Expansiva. Enquanto o RDM realiza essa ampliação de forma moderada, delimitando-se como transgressão somente no que tange às “**omissões**” consubstanciando-se em Média Força Expansiva, o RDE possui mínima Força Expansiva.

Em que pese os regulamentos disciplinares constituírem normas administrativas, estas também podem incorrer em sanções que podem restringir a liberdade do militar e desta forma é de se esperar que qualquer conduta típica nesse sentido deveria estar descrita de forma mais clara possível não deixando margem para a discricionariedade do agente acusador ou aplicador da sanção disciplinar.

Logo, percebe-se que, traçando um paralelo com o direito penal militar e seus princípios sem deixar de mencionar a quantitatividade defendida por Coimbra, estar-se-á diante de uma afronta ao princípio da taxatividade. Vejamos os ensinamentos do ilustre Professor Guilherme de Souza Nucci a respeito desse princípio:

Significa que as condutas típicas, merecedoras de punição, devem ser suficientemente claras e bem elaboradas, de modo a não deixar dúvida por parte do destinatário da norma. A construção de tipos penais, incriminadores dúbios e repletos de termos valorativos pode dar ensejo ao abuso do Estado na invasão da intimidade e da esfera da liberdade dos indivíduos. Aliás, não fossem os tipos taxativo-limitativos, restritivos, precisos- de

nada adiantaria adotar o princípio da legalidade ou da reserva legal. (NUCCI, 2011, p. 88-89)

A partir desse ponto percebemos que os regulamentos disciplinares permitem que seja trazida, para seu rol das transgressões disciplinares, uma enorme quantidade de leis civis em sentido amplo que tenham em seu bojo algum preceito sancionador que, ora contrariado, podem dar ensejo a um processo de apuração de uma contravenção disciplinar.

Ao contrário do que se pode imaginar e traçando um paralelo entre o Código Penal e suas normas penais em branco que exigem complemento fora daquele código, o que ocorre com as normas administrativas punitivas é uma espécie de tipicidade indireta que não complementa, mas sim subsidia a força expansiva punitiva.

7 DA DISCRICIONARIEDADE À VINCULAÇÃO JURÍDICA DA AUTORIDADE DENUNCIANTE

A Administração Pública baseia-se nos Poderes Administrativos para alcançar seus fins; e, como instrumentos públicos para realização desses fins, a administração lança mão de dois importantes poderes, quais sejam: o Poder Vinculado e o Poder Discricionário. O primeiro está ligado ao estrito

cumprimento da lei e o segundo traz alguma margem de escolha da oportunidade e conveniência pelo administrador.

Apesar de entendermos haver “Reserva Discricionária da Autoridade Militar”, para que esta possa enquadrar atos dos subordinados como transgressões disciplinares, é importante que façamos um questionamento: Existe algum limite?

Entendemos que ação de enquadrar a violação seria consubstanciada num ato discricionário da autoridade militar, contudo esta, ao enquadrar um ato fato civil como violador de preceitos da caserna e merecedor de sanção, deve atender aos requisitos legais positivados para aplicação daquela norma sob pena de estar inovando no ordenamento jurídico, aplicando-as fora dos parâmetros legais. Vejamos os ensinamentos de Fernanda Marinela:

Dentre as prerrogativas estabelecidas para a Administração Pública, encontram-se os poderes administrativos, elementos indispensáveis para a persecução do interesse público. Surgem como instrumentos ou mecanismos por meio dos quais o Poder Público deve perseguir esse interesse. São servientes do dever de bem cumprir a finalidade a que estão indissolúvelmente atrelados. Portanto, é possível conceituá-los como o conjunto de prerrogativas ou de competências de direito público, conferidas à Administração, com o objetivo de permitir a aplicação do interesse público e a realização do bem comum. (MARINELA 2007, p. 151)

Para melhor abordarmos a ponte jurídica ampliativa, analisaremos o trecho de um caso concreto devidamente adaptado para proteger e preservar a Organização Militar e os envolvidos. Apresentamos a transcrição da Parte Militar (ofício de comunicação para abertura de procedimento de apuração de transgressão disciplinar “PATD”), que é o documento hábil a informar sobre suposta transgressão disciplinar:

[...] informo que presenciei a motocicleta de placa (XXX-XXXX), tendo como registro de propriedade do 3º SGT Ciclano, ANDANDO COMO VELOCIDADE ACIMA DO LIMITE PERMITIDO PARA VIA, concorrendo a acidente próprio e expondo a terceiros dentro da OM.

Ao enquadrar o ato descrito no exemplo como transgressão disciplinar, mesmo concordando haver reserva discricionária do comandante em realizar a subsunção da infração de norma jurídica civil de direito brasileiro como contravenção disciplinar, por força do o Art. 7º, parágrafo único, do RDM, e do Art. 10, parágrafo único, do RDAER, deve-se atender aos requisitos mínimos, sob pena de estar diante de verdadeira inovação no ordenamento jurídico e afrontar de forma aviltante o contraditório e ampla defesa.

8 REQUISITOS E PROCEDIBILIDADE NO CASO ADAPTADO

O primeiro ponto a se observar no caso em tela é que temos uma suposta infração à norma de trânsito brasileiro por excesso de velocidade que fora trasladada, por força expansiva, da vida civil para caserna. Imaginemos que o fato tenha ocorrido dentro de uma organização militar da Força Aérea Brasileira, assim utilizaremos a norma disciplinar daquela força.

Sendo assim, a norma disciplinar por expansão é o Código de Trânsito Brasileiro (Lei n. 9.503/97), que deveria em tese ter arrastado também as Resoluções do Conselho Nacional de Trânsito (CONTRAN), entre outras legislações que regulam o processo administrativo de trânsito.

Deste modo estamos diante de um ato do poder público. Seja ele vinculado ou discricionário, deve seguir o princípio da legalidade; e a aplicação de normas civis por autoridade sem competência para tal, neste caso, nos levaria a estar diante de nulidade infrações, que podem gerar responsabilização nas esferas criminal, administrativa e civil.

O segundo ponto a ser analisado é que toda infração de trânsito, por mais leve que seja, deve passar por um processo ou procedimento administrativo para verificação de sua legalidade pela autoridade de trânsito. É o que dispõe o art. 280 do CTB:

Art. 280. Ocorrendo infração prevista na legislação de trânsito, lavrar-se-á auto de infração, do qual constará:

I - tipificação da infração;

II - local, data e hora do cometimento da infração;

III - caracteres da placa de identificação do veículo, sua marca e espécie, e outros elementos julgados necessários à sua identificação;

IV - o prontuário do condutor, sempre que possível;

V - identificação do órgão ou entidade e da autoridade ou agente atuador ou equipamento que comprovar a infração;

VI - assinatura do infrator, sempre que possível, valendo esta como notificação do cometimento da infração.

§ 1º (VETADO)

§ 2º A infração deverá ser comprovada por declaração da autoridade ou do agente da autoridade de trânsito, por aparelho eletrônico ou por equipamento audiovisual, reações químicas ou qualquer outro meio tecnologicamente disponível, previamente regulamentado pelo CONTRAN. (grifo nosso)

§ 3º Não sendo possível a atuação em flagrante, o agente de trânsito relatará o fato à autoridade no próprio auto de infração, informando os dados a respeito do veículo, além dos constantes nos incisos I, II e III, para o procedimento previsto no artigo seguinte.

§ 4º O agente da autoridade de trânsito competente para lavrar o auto de infração poderá ser servidor civil, estatutário ou celetista ou, ainda, policial militar designado pela autoridade de trânsito com jurisdição sobre a via no âmbito de sua competência.

Assim, o Auto de Infração de Trânsito (AIT) que venha a ser enquadrado como transgressão disciplinar, não pode ser

preenchido/apresentado de forma precária e faltar qualquer elemento caracterizador da infração/punição que seria imposta ao autuado, que, se não observado, fere o direito ao contraditório e a ampla defesa, ademais, deve o agente público agir com maior zelo e probidade em sua atividade.

Não podemos nem devemos esquecer que em nenhuma hipótese poderá a autoridade militar aplicar qualquer penalidade relativa à infração de trânsito propriamente dita, e em tese tão somente a apreciação na esfera disciplinar pelo simples fato de o CTB exigir autoridade ou agente de trânsito competente para a fiscalização.

O próprio Manual Brasileiro de Fiscalização do Trânsito exige que o fato seja descrito ao condutor, inclusive como forma de garantir a ampla defesa. Deixa expresso que o AIT é peça informativa que subsidia a Autoridade de Trânsito na aplicação das penalidades, e sua consistência está na perfeita caracterização da infração, devendo ser preenchido de acordo com as disposições contidas no artigo 280 do CTB e demais normas regulamentares, com registro dos fatos que fundamentaram sua lavratura.

O principal ponto aqui é verificar o preenchimento do auto de infração, pois nele é que constarão os dados do radar e demais informações no qual o órgão de trânsito é **obrigado** a registrar. A Resolução 396/2011 do Contran é a principal norma

que dispõe sobre requisitos técnicos mínimos para a fiscalização da velocidade de veículos automotores.

É importante ressaltar que são quatro os tipos de radares permitidos, quais sejam: radar fixo, radar estático, radar móvel e radar portátil. Assim, a mera percepção humana e a relatividade da distancia não afetam em nenhuma hipótese o olho nu como forma de medir a velocidade de um veículo.

Ainda sobre o fato concreto, têm-se os termos “andando com velocidade acima do limite permitido para a via.” A respeito da menção a velocidade acima da velocidade permitida para a via, têm-se as seguintes perguntas. Qual via? Qual Velocidade? Qual a permitida? Em qual horário? Qual dia? Como se depreende não há resposta aparente para nenhuma dessas perguntas, constituindo em tese denuncia genérica sem mencionar explicitamente as normas devidamente infringidas e os requisitos mínimos.

Isso significa que não se deve aceitar descrição genérica baseada exclusivamente na posição hierárquica dos envolvidos, porquanto a responsabilização por infrações administrativas sempre devem atender à subjetivação e sujeição dos atos e dos agentes aos requisitos objetivos da norma expansiva infringida.

A esse respeito, Eduardo Gomes de Queiroz leciona, com amplo respaldo de inúmeros juristas pátrios, que:

[...] a denúncia genérica está na contramão da atual ordem jurídica nacional, infringindo os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório, da presunção de inocência e da dignidade da pessoa humana, bem como o artigo 8º, item 2, letra “b”, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), o qual dispõe que: “durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada. (QUEIROZ, 2008. p.77)

Desse modo, a ausência de relação de pertinência subjetiva entre os acusados e os fatos narrados na inicial acusatória, traço marcante da denúncia genérica, violam diversos postulados constitucionais, tais como o devido processo legal em sua vertente adjetiva, em que se enquadram as garantias constitucionais do **contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, da CF/88)**; o princípio da não culpabilidade ou da presunção de inocência (artigo 5º, LVII, da CF/88); o princípio da individualização da pena (artigo 5º, XLVI, da CF/88); e, em última análise, o da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III, da CF/88).

Vejamos como a jurisprudência já se pronunciou em face de um episódio análogo que no caso concreto tratava-se de uma sindicância lastreada em infração da mesma norma civil, qual seja, o CTB. E, em que pese não se estar diante de processo judicial, merecem destaque, na ementa do seguinte julgado, os

números 1 e 5 que versam sobre ampla defesa e controle eletrônico de velocidade respectivamente:

EMENTA: ADMINISTRATIVO - SINDICÂNCIA - NULIDADE - CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA - CABIMENTO - APRECIÇÃO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO - POSSIBILIDADE - PRINCÍPIOS - AUSÊNCIA DE PROVA. 1. **De acordo com o entendimento do STF, a sindicância prescinde dos princípios do contraditório e da ampla defesa, quando é mero subsídio do processo administrativo, possuindo natureza inquisitiva, tal como o inquérito policial. Todavia, tais princípios devem ser imperativamente observados, na hipótese da sindicância prescrever penalidade ao sindicado, nos termos do art. 145, da Lei nº 8.112/90.** 2. Em que pese a sindicância não ter aplicado penalidade, não houve cerceamento de defesa, mormente pelos fatos de haver intimação da sindicada, a qual participou dos atos com advogado constituído, suprindo-se, assim, eventual nulidade, a teor do art. 26, § 5º, da Lei nº 9.784/99. 3. À luz da moderna doutrina administrativista, o mérito administrativo pode ser apreciado à luz dos princípios norteadores da Administração Pública. 4. Há fortes indícios nos autos de que a sindicância teve origem em perseguição do Comandante da Organização Militar contra a autora, havendo, com efeito, claro desvio de poder, eis que a sindicância tinha um fim diverso do previsto, de cunho, inclusive, pessoal, afastando-se do interesse público e malferindo, ao mesmo tempo, os princípios da moralidade e da impessoalidade da Administração Pública. 5. **Em face da fragilidade do substrato probatório, máxime pela ausência de controle eletrônico de velocidade no interior da Unidade Administrativa, mostra-se irrazoável imputar**

ao autora a conduta de excesso de velocidade, sem prova mais robusta. (grifos nossos) 6. Apelação e remessa oficial improvidas.”(TRF5 – Apelação Cível nº 318056/PE – 3ª Turma – Rel. Des. Federal Élio Wanderley de Siqueira, j. 05.08.04, DJ de 05.10.2004, pág. 625)

Como podemos perceber o TRF5 no julgado se manifestou no sentido de que há falta de provas robustas, que entre elas podemos apontar aquelas que seriam consubstanciadas no art. 280 do CTB e na Resolução 396/2011 do CONTRAN como requisitos de validade e razoabilidade do substrato probatório.

Nada impede que exista a possibilidade de a autoridade militar solicitar aos órgãos de trânsito que seja realizada uma *blitz* dentro da unidade militar, com pessoal competente para lavrar infrações de trânsito, utilizando-se de todos os equipamentos exigidos para apuração das referidas infrações.

Agora imaginemos se o caso citado como exemplo tivesse sido lavrado por autoridade competente com cópia remetida ao comandante para que este possa então abrir Processo de Apuração de Transgressão Disciplinar (PATD), estaríamos diante de fato revestido de toda legalidade cumprindo todos os requisitos de procedibilidade ou procedimentalidade exigidos para que se possa garantir o devido processo legal.

Assim, caso a transgressão indireta tivesse sido lavrada com base nas formalidades procedimentais requeridas para

apuração da norma civil, poderia então a autoridade militar utilizar da força expansiva dos regulamentos da Marinha e da Aeronáutica. Os procedimentos, sejam eles o civil ou o administrativo, estariam em conformidade, ensejando a possibilidade agora legalmente deferida para a apuração da transgressão disciplinar na qual o infrator poderá fazer o uso dos meios de defesa exercendo o contraditório e ampla defesa constitucionalmente previstos.

.9 CONCLUSÃO

De todo exposto se pôde observar que, com exceção da superioridade da Constituição Federal, não há hierarquia entre normas primárias, mas sim campos específicos de atuação de cada uma dessas espécies normativas.

A classificação de fatos tidos como transgressão disciplinar indireta ou extravagante corrobora num exercício de discussão. A princípio devemos levar em consideração sobre qual Força Armada se está discutindo a suposta transgressão disciplinar. Da análise do regulamento disciplinar do Exército Brasileiro, sendo este editado em 2002 e, portanto, o que mais atende aos princípios constitucionais, não há possibilidade de aplicação de norma disciplinar extravagante por ausência de

previsão legal em seu regulamento, constituindo um regulamento em tese com baixíssima ou sem força expansiva.

Quando estamos no âmbito da Marinha do Brasil, sendo o regulamento dessa Força considerado como de amplitude moderada ou média força expansiva, existe a previsão de somente condutas **comissivas** serem consideradas contravenção disciplinar.

De outro modo, quando estamos a falar do regime disciplinar da Força Aérea Brasileira, o regulamento dessa Força é que possibilita o maior rol de infrações civis a serem trazidas ao berço do seu regulamento disciplinar por prever tanto condutas comissivas quanto omissivas. Sendo ele considerado como grande ou máxima Força Expansiva.

Assim, verifica-se que, a depender da Força e da conduta, é perfeitamente possível ampliar o rol disciplinar, desde que a norma transposta seja aplicada de acordo com seus ditames legais, suas normas regulamentadoras ou procedimentais, sob pena de estar inovando no ordenamento jurídico aplicando-as fora dos parâmetros legais, afrontando de forma aviltante o contraditório e ampla defesa; sem deixar de mencionar possíveis infrações à norma penal, administrativa ou civil por parte do administrador. De todo exposto não há como deixar de aludir que deveria haver uma reforma nos regulamentos disciplinares editados antes da CF88 com a

finalidade de torná-los compatíveis com todo o ordenamento jurídico pátrio – possibilitando efetivo controle de legalidade e procedibilidade na seara administrativa disciplinar – e harmonizá-los com a Constituição vigente.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*: Texto constitucional promulgado em 5 de outubro de 1988, com as alterações adotadas pelas Emendas Constitucionais nº 1/92 a 57/2008, pelo Decreto nº 186/2008 e pelas Emendas Constitucionais de Revisão nº 1 a 6/94. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2009.

BRASIL. *Lei nº 9.503 de 23 de setembro de 1997*. Institui o Código de Trânsito Brasileiro.

BRASIL. *Manual de redação da presidência da república*. 2. ed. Brasília: Presidência da República, 2002.

BRASIL. *Resolução nº 396 de 13 de dezembro de 2011*. Dispõe sobre requisitos técnicos mínimos para a fiscalização da velocidade de veículos automotores, reboques e semirreboques, conforme o Código de Trânsito Brasileiro.

FREIRE JÚNIOR, Raimundo Salgado. *Origem e Evolução Históricas dos Regulamentos Disciplinares Militares no Brasil e a Necessidade Inadiável das Polícias Militares Apresentarem Regulamento Disciplinar Próprio*. 2011. São Luís. Disponível em: [http://www2.forumseguranca.org.br/content/origem-e-evolu%C3%A7%C3%A3o-hist%C3%B3ricas-dos-](http://www2.forumseguranca.org.br/content/origem-e-evolu%C3%A7%C3%A3o-hist%C3%B3ricas-dos)

regulamentos-disciplinares-militares-no-brasil-e-necessidad.
Acesso em: 13 fev. 2013.

MARINELA, Fernanda. *Direito Administrativo*. V. I-3. ed.
Alagoas: Edições Jus PODIVM, 2007.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo.
Manual de Direito Penal Militar – Volume Único, 5. ed. São
Paulo: Edições JusPODIVM, 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de direito penal: parte
geral: parte especial*. 7. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora
Revista dos Tribunais, 2011.

QUEIROZ, Eduardo Gomes de. Denúncia genérica nos crimes
societários: um retrocesso ao Estado Novo. Análise sob o ponto
de vista da atual ordem constitucional, do direito supralegal e da
legislação ordinária. *Revista Síntese de Direito Penal e
Processual Penal*, v. 08, n. 47, dez./jan. 2008. Porto Alegre:
Síntese, 2008, p. 67-77.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Regulamento Disciplinar
Militar e suas inconstitucionalidades. *Revista
de Direito Militar* n° 29, maio/junho – 2001.

SILVA, Julio Cesar Lopes da. Surgimento do regulamento
disciplinar militar no Brasil. JurisWay. 2011. Disponível em:
https://www.jurisway.org.br/v2/dhall.asp?id_dh=5732. Acesso:
20 abr. 2022.

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL 5ª REGIÃO – Apelação
Cível n° 318056/PE – 3ª Turma – Rel. Des. Federal Élio
Wanderley de Siqueira, j. 05.08.04, DJ de 05.10.2004.

VIEIRA, Diógenes Gomes. *Manual Prático do Militar*: direito militar, penal, administrativo, constitucional, previdenciário e processual (destinado a militares, estudantes e advogados). Natal: D&F Jurídica, 2009.

