

Coordenadores: SELMA SANTANA e
FÁBIO PERIANDRO DE A. HIRSCH

DIREITO MILITAR BRASILEIRO:

CONTROVÉRSIAS, ATUALIDADES E ANÁLISES

Organizador: RODRIGO ANDRADE

Produto do Serviço de
Pesquisa em Direitos e
Deveres Fundamentais do
Brasil (SPDDF-BRA), grupo
certificado no DGP-CNPQ



Coordenadores

Fábio Periandro de Almeida Hirsch

Selma Santana

Organizador

Rodrigo Andrade

Direito Militar Brasileiro: controvérsias, atualidades e análises

Editora Direito Levado a Sério

Salvador, 2020

Editora Direito Levado a Sério

Salvador, Bahia

direitolevadoaserio@gmail.com

Capa

Carla Conchita Pacheco Bouças Hirsch

Editoração

Rodrigo Andrade

Conselho Editorial

Prof. Anderson Pereira

Prof. Dr. Bernardo Montalvão Varjão de Azevêdo

Prof. Dr. Daniel da Fonseca Lins Junior

Prof. Dr. Fábio Periandro de A. Hirsch

Profa. Dra. Flora Augusta Varela Aranha

Prof. Dr. Jaime Barreiros Neto

Prof. Me. José Marcello Monteiro Gurgel

Prof. Dr. José Rômulo Magalhães

Prof. Dr. Julio Cesar de Sá da Rocha

Prof. Me. Rodrigo Andrade de Almeida

ISBN 978-65-87020-15-0.

Data do fechamento desta edição: 01/12/2020

Esta publicação poderá ser reproduzida e distribuída livremente, desde que em sua integralidade e de maneira gratuita, sendo vedada qualquer forma de comercialização, bem como modificação, edição, redução ou fragmentação, sem a prévia e expressa autorização da Editora Direito Levado a Sério.

A violação dos direitos autorais é crime, tipificado na Lei nº 9.610/1998 e punido na forma do art. 184 do Código Penal Brasileiro.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| PREFÁCIO – Selma Santana..... | 06 |
| A “ÍNDOLE DO PROCESSO PENAL MILITAR” E SEU ENCONTRO NECESSÁRIO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA - Alexandre José de Barros Leal Saraiva..... | 08 |
| (IN)APLICABILIDADE DO NOVO ART. 75 DO CÓDIGO PENAL COMUM AO DIREITO PENAL MILITAR E A DESPROPORCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS DE APLICAÇÃO DA PENA NO CÓDIGO PENAL CASTRENSE - Cícero Robson Coimbra Neves..... | 30 |
| HIERARQUIA, DISCIPLINA, CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL: NATUREZA JURÍDICA E FUNDAMENTOS PARA PREVISÃO E ESPECIFICIDADES DO DIREITO MILITAR - Adriano Alves Marreiros, Júlio César de Aguiar..... | 57 |
| PROCESSO PENAL MILITAR ACUSATÓRIO E APLICAÇÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NA JUSTIÇA MILITAR - José Osmar Coelho Pereira Pinto... | 80 |
| EXECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR. CABIMENTO DA PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL PARA OS MILITARES QUE CUMPREM PENA EM ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS DE NATUREZA MILITAR. A IMPERIOSA NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL AO TEXTO CONSTITUCIONAL - Pedro da Gama Lobo Lorens..... | 93 |

A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA EM CASOS ENVOLVENDO CASAS DE POLICIAIS MILITARES DA ATIVA OCORRIDO EM LOCAL NÃO SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR - Murilo Oliveira de Carvalho.....109

A APLICAÇÃO DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006 AO CRIME MILITAR DE PORTE/CONSUMO DE DROGAS - Rosiris Oliveira da Costa Dias.....125

POLÍCIA E SOCIEDADE: UM ESTUDO SOBRE A PADRONIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS TÉCNICO-OPERACIONAIS NA PMBA - Marcelo Gomes Bandão.....141

A LEGÍTIMA DEFESA: COMO CARACTERIZÁ-LA EM OPERAÇÃO DE GARANTIA DA LEI E DA ORDEM (GLO) - Suely Pereira Ferreira.....152

DIREITO DAS OPERAÇÕES MILITARES - Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Cirelene Maria S. Rondon de Assis.....169

MENAGEM: UMA MEDIDA CAUTELAR DE VANGUARDA E ALTERNATIVA À PRISÃO - Milton Sérgio Trindade de Souza.....192

A ORIENTAÇÃO DISCURSIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR E A PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL - Fábio Periandro de Almeida Hirsch, Weydiane Nunes Nascimento.....217

DO RECEBIMENTO DO AUXÍLIO EMERGENCIAL POR MILITARES: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA SANCIONATÓRIA - Jader Esteves da Silva, Mariana Tavares Ferreira, Fábio Periandro de Almeida Hirsch.....236

PREFÁCIO

Coube-me, com um profundo sentimento de honra e de gosto, escrever algumas palavras que antecedessem este livro à guisa de prefácio. Ainda que tal tarefa pareça-me desnecessária tal pensamento se justifica em face do primor do conteúdo que esta obra reúne e abarca. O presente livro se impõe pela elevação dos seus propósitos e pelos méritos próprios dos contributos que a integram.

A presente obra foi elaborada por um conjunto de grandes estudiosos do Direito Militar, reconhecidos nacionalmente, seja na sua aceção constitucional, penal, processual penal ou administrativa, que possuem ainda, uma outra característica muito particular que os jungem, sobremaneira, aos temas abordados: são todos eles, sem exceção, profissionais que militam cotidianamente no labor do direito castrense, como magistrados, membros do ministério público, defensores públicos, advogados, servidores e militares que lidam e trabalham nas lides jurídicas que lhes oferecem os cargos, funções e atribuições.

A oferta que os colaboradores do presente livro quiseram proporcionar vale por uma razão fundamental, qual seja, pelo mérito intrínseco dos contributos que a constituem. Trata-se de uma obra essencialmente voltada para os grandes desafios que o Direito Militar enfrenta na atualidade nacional. Esses desafios dizem respeito ao delineamento e desdobramento dos conceitos de hierarquia e disciplina, pilares constitucionais das forças militares; à possibilidade de aplicação do juiz de garantias na justiça militar; à inaplicabilidade do novo artigo 75 do Código Penal comum no mundo castrense; à padronização dos procedimentos técnico-operacionais da PM/Ba; ao uso do instituto da menagem, como medida cautelar de vanguarda e alternativa à prisão; à aplicação da Lei Maria da Penha em casos envolvendo casais militares; à progressão de regime na execução penal militar; ao Direito das operações militares; à possibilidade de aplicação do artigo 28 da Lei 11.343/2006 ao crime militar de porte e consumo de drogas ilícitas, como ainda, à caracterização da legítima defesa em operação de GLO.

Regozijo-me com a publicação desta obra, antes de mais, porque ela busca atenuar uma lacuna de desconhecimento dessa área de saber por grande parte da população. O Direito Militar tem sido, ao longo dos últimos anos, um setor de conhecimento colocado à margem de uma melhor compreensão pela sociedade civil, sobretudo, pelo mundo acadêmico e universitário, não enfrentando eles o fato de que, independentemente de qualquer postura de incompreensão e não aceitação, ele existe, ele integra o nosso sistema jurídico constitucional e se presta a proteger valores dispostos, de forma expressa e implícita, na nossa Carta Maior.

Fatores que, corriqueiramente, não são considerados pela sociedade civil dizem respeito às circunstâncias de que as missões das forças militares são revestidas de uma complexidade especial, exigindo dos indivíduos, que a integram, abnegação e coragem nos seus enfrentamentos, como ainda, e exatamente por isto, as instituições militares são dotadas de tutela especial, que visa à manutenção da regularidade para alcançarem seus objetivos e misteres estabelecidos na Constituição.

O mérito da publicação compete aos autores desta obra; a colaboração amistosa que nos liga constitui um exemplo de cooperação científica para o aprofundamento e um maior conhecimento dos matizes do Direito Militar. As questões aqui apresentadas e desenvolvidas, em forma de capítulos, constituem inquestionáveis contribuições para o debate que esses temas intrinsecamente propõem, e que lançam luzes e esclarecimentos sobre esse ramo especial do direito. Dessa forma, os leitores da presente obra ficarão enriquecidos com este livro original, de trato objetivo, com alentada pesquisa e honestidade intelectual, de forma que me sinto muito à vontade para recomendá-lo à comunidade jurídica brasileira.

Selma Santana

Outubro de 2020

A “ÍNDOLE DO PROCESSO PENAL MILITAR” E SEU ENCONTRO NECESSÁRIO COM OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA

Alexandre José de Barros Leal Saraiva¹

RESUMO: O objetivo deste capítulo é analisar o disposto no art. 3º, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar, em face da dimensão a ser proposta sobre a amplitude e profusão dos princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina militares. O estudo parte de provocação lançada pelo Promotor e Jurista Adriano Alves-Marreiros, em sua dissertação de Mestrado, publicada em formato de livro intitulado “Hierarquia e Disciplina são garantias constitucionais. Fundamentos para a diferenciação do Direito Militar”.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Constitucional. Direito Processual Penal Militar. Índole do processo penal militar. Hierarquia. Disciplina.

1. INTRODUÇÃO

Já há algum tempo convivo com uma espécie de inquietação - quase uma angústia - quando percebo a mesquinhez tacanha com que, costumeiramente, são tratados os princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina militares, como se ambos fossem simples comandos de convivência em um *diferente e esquisito microcosmos*, olvidando-se que, em verdade, se trata de um comando constitucional principiológico que energiza todo o universo jurídico do País e influencia a vida de todos nós, civis e militares.

A Hierarquia e a Disciplina superam a misantropia *inter pares* e permeiam as relações sociais do cotidiano, malgrado nos recusemos, amiúde e teimosamente, a reconhecer!

Lenio Streck e Rafael Tomaz de Oliveira nos lembram que

quando, em 1998, (re)fundamos nossa sociedade e instituímos um regime democrático, fizemos nascer, concomitantemente, uma comunidade política recheada de princípios com fortes conteúdos de moralidade. Chamamos isso de co-originariedade entre o Direito e a Moral: o espaço em que se forma o discurso

¹ Procurador de Justiça Militar.

jurídico é, desde-já-sempre, tomando por um espectro de uma moral pública².

Todavia, entre nós, também há os que não dormem diante das interpretações apriorísticas, e foi com efusiva alegria que li – e reli, e reli... – o livro publicado pelo estimado colega de Ministério Público Militar, Promotor Adriano Alves-Marreiros³, exatamente sobre a posição axiológica dos princípios reitores da vida militar, destacando sua hipótese de que referidos princípios constituem-se em garantias constitucionais e servem de fundamento constitucional para a diferenciação do Direito Militar.

Assim estimulado pelo trabalho de Adriano e revivendo outra significativa instigação decorrente da leitura da Tese de Doutorado do queridíssimo colega Nelson Lacava Filho⁴, resolvi intrometer-me no diálogo acadêmico e oferecer, humildemente, algumas considerações.

E o farei partindo do disposto no art. 3º, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar (CPPM), ponto de largada dessa breve exposição.

2. CPPM, ART. 3º, ALÍNEA “A”

Começo, portanto, analisando este dispositivo específico do CPPM que destaca a singularidade do processo por delito militar, *ex vi*

Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos:

- a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto, sem prejuízo da índole do processo penal militar; (grifei).

Sabemos todos que o CPPM é a fonte formal do direito processual penal militar e que, nesta especial perspectiva, é neste Código – e em sua

2 STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. **O que é isto – as garantias processuais penais?** Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2012. P. 11.

3 ALVES-MARREIROS, Adriano. **Hierarquia e Disciplina são garantias constitucionais. Fundamentos para a diferenciação do Direito Militar.** Londrina: Editora EDA. 2020.

4 LACAVA FILHO, Nelson. **Legitimidade do Direito Penal Militar no Estado Democrático de Direito: Hierarquia e Disciplina como bases sistêmicas.** Universidade de São Paulo: Faculdade de Direito. São Paulo, 22 de maio de 2018.

conformidade com a Constituição Federal⁵ – que estão definidos os regramentos do processo penal militar.

Todavia, é lógico que podem ocorrer situações factuais ou procedimentais que não estejam contempladas por previsão específica na lei processual castrense, exigindo suplementação externa, a fim de que o direito instrumental não se ponha em inépcia. Tal fenômeno se dá igualmente no processo criminal comum, cujas lacunas haverão de ser supridas pela interpretação extensiva, pela aplicação analógica e com arrimo nos princípios gerais do direito (art. 3º, Código de Processo Penal).

Assim, o CPPM prevê que, em hipóteses de lacuna, seja possível a aplicação de normas do processo penal comum⁶, desde que compatíveis com o caso em concreto e que jamais colidam ou causem prejuízo à índole do processo penal militar.

Ora, mas qual é essa índole? Qual a diferença axiológica entre o processo penal comum e o militar, que autorize essa afetação legal?

Bem, a resposta - apesar de evidente - merece ser revisitada, vez por outra, com a serenidade de quem busca bons argumentos para o diálogo. Nelson Lacava Filho destaca que

a existência de exércitos permanentes faz com que sejam intrinsecamente ligados à profissão das Armas hábitos, costumes e tradições que devem ser mantidos a fim de que haja eficiência no emprego da Força⁷.

Dois pontos me chamam muito a atenção nesse pequeno trecho da valiosa obra de Nelson: em primeiro lugar, o reconhecimento da natureza permanente dos exércitos nacionais; e, o segundo, a constatação de que a

5 “O Código de Processo Penal Militar, repita-se, constitui-se na fonte formal do processo penal militar – ou do Direito Judiciário Militar, como dispõe a rubrica do art. 1º do CPPM -, valendo ressaltar que sua edição somente é possível por lei lavrada pela União, o que configura o Estado como *fonte material* do Direito Processual Penal Militar, nos termos do inciso I do art. 22 da Constituição da República. Essa realidade, ademais, deve ser submetida ao teste de constitucionalidade, visto ser o Diploma anterior à Constituição de 1988m caracterizando o *processo penal militar constitucional*”. NEVES, Cícero Robson. Coimbra. **Manual de Direito Processual Penal Militar**. 4ª edição. Salvador: Jus Podium. 2020. p.177.

6 “A inaplicabilidade do Código de Processo Penal no âmbito da Justiça Militar justifica-se pelo fato de ser aplicável, na Justiça Castrense, o Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.002/69) e o Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.002/69). Entretanto, é importante destacar que o próprio estatuto processual militar prevê a possibilidade de os casos omissos serem supridos pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar”. LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 3ª edição. Salvador: Jus Podium. 2015. p.93.

7 Op. cit. p. 47.

eficiência das forças armadas está diretamente relacionada à preservação dos hábitos, costumes e tradições das instituições militares.

Em relação ao primeiro aspecto, lembro que a Constituição Federal define (e constitui!) as Forças Armadas como Instituições permanentes e regulares. Portanto, essa natureza de não-transitoriedade é embrionária às Forças Armadas e as adjetiva como instituições essenciais à própria existência do Estado, isto é: a Marinha, o Exército e a Aeronáutica compõem a República Federativa do Brasil e não podem ser extintas ou dissolvidas⁸, sob pena de desfigurar o Estado Brasileiro, e isto há de ser reconhecido por todos nós, sujeitos que estamos à mesma Carta Federal.

Mas, Lacava segue adiante e argumenta que além disso, as Forças Armadas perpetuam um repertório de princípios e valores que dão suporte, inclusive, à eficiência operacional esperada e necessária.

Sobre esse paradigma específico, são vários os estudos que atestam a relação causal identitária de tropas disciplinadas e, em face disto, operacionais por excelência (eficientes), mesmo diante das surpreendentes alterações da sociedade civil.

De facto, o Direito é fortemente influenciado pelas realidades sociais, económicas, culturais ou políticas e o legislador tem de estar atento e, constantemente, aperfeiçoar e adaptar a legislação às novas realidades económico-sociais. A tudo isto a comunidade castrense não pode ficar indiferente, exigindo-se-lhe um grande esforço de adaptação aos novos tempos. Adaptação que, por um lado, deve permitir o estabelecimento de normativos coerentes com os desafios e as conquistas da sociedade moderna mas, por outro lado, o seu enquadramento legal e, concretamente, disciplinar, não pode deixar de ter em consideração a necessidade de salvaguardar a especificidade da sociedade castrense, o normal funcionamento de uma instituição especialmente organizada, com base nas ideias estruturantes de missão, de hierarquia, de coesão e de segurança. É precisamente a salvaguarda destes valores que enforma axiologicamente o direito penal e o direito disciplinar

8 “Desde a Constituição de 1891 (artigo 14) as constituições brasileiras vieram estipulando o carácter permanente das Forças Armadas, vedando assim a sua supressão pelo legislador infraconstitucional, bem como a possibilidade de torná-las transitórias. A importância das Forças Armadas é notada também pela adjectivação que lhe foi atribuída, já que sua disposição de forma permanente faz com que fique ligada à própria existência do Estado, não podendo ser dissolvida. Em outras palavras, as Forças Armadas estão ligadas à própria manutenção da República Federativa do Brasil. Enquanto esta existir, aquelas também existirão”. OLIVEIRA, Hélder Risler. **Comentários à Constituição Federal de 1988**. Coord. Paulo Bonavides, Jorge Miranda, Walber de Moura Agra. Rio de Janeiro: Forense. 2009. p. 1702

militares, pois tal salvaguarda é condição da eficiência e eficácia na prossecução das missões atribuídas às Forças Armadas⁹.

Olinda Vicente Moreira em sua dissertação de Mestrado perante a Faculdade de Coimbra, na qual discute a hierarquia e a disciplina nos crimes impropriamente militares, inicia suas conclusões afirmando essa ligação íntima entre os referidos princípios e a efetividade das Forças Armadas.

As Forças Armadas são consideradas uma instituição nacional e permanente que encontra no texto constitucional a indicação de sua principal razão de existência - a defesa militar da Pátria - , objetivando a preservação do território e da soberania contra eventuais ataques externos. E, para o desempenho dessa nobre função, o respeito à hierarquia e à disciplina militar se apresenta como instrumento indispensável à organização e à efetividade dessa corporação armada, motivo pelo qual o legislador promoveu uma exaustiva regulamentação da matéria nos Estatutos dos Militares e nos Regulamentos Disciplinares (o destaque é meu)¹⁰.

Portanto, arrisco indicar como primeira premissa de minha resposta à questão apresentada, a constatação de que os princípios da hierarquia e da disciplina são funcionais, ou seja, interferem diretamente na eficiência das Forças Armadas. Tropas acéfalas e indisciplinadas transformam-se bandos, turbas, ou, no atual modismo conceitual: milícias. E assim tornam-se incapazes de *defender a Pátria, garantir os poderes constitucionais, a lei e a ordem!*

O art. 142 da CF indica a hierarquia e a disciplina como princípios basilares e sustentáculos das Forças Armadas. Sem a incidência de tais preceitos, as Forças Armadas se assemelhariam a bandos ou milícias. São essenciais à sobrevivência e coesão das três Forças e, durante um conflito armado, são elas que garantem a possibilidade de sucesso e minimizam os riscos de perdas humanas militares e civis. Os dois princípios foram erigidos a condição de enunciados

9 LEITÃO, Vitor Manuel Matos. **A disciplina militar como elemento essencial do funcionamento regular das Forças Armadas. Tese apresentada no Instituto de Estudos Superiores Militares de Portugal. 2010. Disponível no site do IESP.**

10 MOREIRA, Olinda Vicente. **A hierarquia e a disciplina nos crimes impropriamente militares: considerações sobre a necessidade e os limites da tutela penal em tempo de paz (à luz dos ordenamentos jurídicos português e brasileiro). Universidade de Coimbra. 2016.**

Alves-Marreiros, dentre os vários exemplos que oferta em seu livro, destaca o perigo direto e efetivo que o motim dos controladores de voo, em 2007, causou a tripulantes, passageiros e, potencialmente, à sociedade como um todo, sem embargo dos prejuízos financeiros e outros transtornos causados pela atitude criminosa de uma pequena dezena de militares que quase desembocou em uma gravíssima questão político-militar, pois manifestações aligeiradas de autoridades civis por pouco não causaram uma ruptura institucional.

Quando discorre sobre esse episódio, Adriano cita trecho da Sentença prolatada nos autos da ação penal de nº 000013-12.20107.7.05.0005, prolatada pelo Juízo da 5ª Circunscrição Judiciária Militar (em Curitiba-PR). Pela pertinência, peço especial licença para reproduzir a citação

Causou-nos espanto, ainda, a forma leviana e irresponsável da atuação do então Comandante Supremo das Forças Armadas, que desautorizou o Comandante da Força Aérea Brasileira a aplicar sanções disciplinares e a prender em flagrante delito os militares amotinados, nomeando o então Ministro do Planejamento e Gestão e a Secretaria Executiva da Casa Civil da Presidência da República para se reunirem com os amotinados e ‘negociarem’ uma saída para o impasse (fls. 337/40), como se fosse possível tergiversar sobre os pilares em que se sustentam as Forças Armadas.

Por outro lado, e não à toa, a Lei nº 9.394/96 – Lei das Diretrizes e Bases da Educação no Brasil – reconhece as particularidades da profissão militar¹² e remete à lei específica toda regulação do ensino militar. Isso quer dizer que o Estado brasileiro (fonte material do direito processual¹³) admite que a formação profissional dos militares é distinta, pois toda a carreira – e, logicamente, o acúmulo incontável de fatos cotidianos – é consubstanciada por condutas, escolhas, posturas, decisões e relações abundantemente permeadas

11 TELLES, Fernando Hugo Miranda. **Estatuto dos Militares Comentado**. Coordenação Jorge César de Assis. Curitiba: Juruá. 2019. p. 77.

12 Art. 83, da LDB.

13 “Fonte material é compreendida como a via hábil à produção do Direito Processual Penal Militar, que se traduz por uma possibilidade reservada à União”. NEVES, Cícero Robson Coimbra, Op. cit. p. 244.

pelos valores da moral e da ética militar, mesmo quando intercambiadas com civis ou com toda a sociedade civil.

Tomo como exemplo algumas disposições da Lei nº 9.786/1999, que dispõe sobre o ensino no Exército. Após o art. 1º anunciar que o Sistema de Ensino do Exército possui características próprias, no art. 4º são indicadas as atitudes e os comportamentos esperados nos alunos ou concludentes. São eles: (a) integração permanente coma sociedade; (b) preservação das tradições nacionais e militares; (c) educação integral; (d) assimilação e prática dos deveres, dos valores e das virtudes militares; (e) atualização científica e tecnológica; (f) desenvolvimento do pensamento estruturado.

É cediço que a atividade militar e, em especial, a instrução militar, possuem características que as tornam distintas das aulas em ambiente civil e do cotidiano social comum. A pressão psicológica é constante, o domínio do tempo pelo militar é exigido e a submissão a condições adversas deve estar presente (pois, afinal, não se espera que um militar pereça emocional, física ou psicologicamente face a um conflito armado em eu deve defender sua pátria ou a sociedade que integra), entre outros pontos de distinção...¹⁴

Ora, essas exigências estão previstas em Leis Federais, que se impõem à toda sociedade brasileira. Por consequência, ficou decidido que a formação profissional dos militares é diferente e que, inevitavelmente, o prisma de comportamento profissional – e até mesmo pessoal – também acaba se singularizando. Observem que todos nós aceitamos e pactuamos isso! Então, qual a estranheza em reconhecer, de igual sorte, que o processo decorrente de comportamentos que possuam a natureza de crime militar haverá, necessariamente, de ter isso em perspectiva? Ainda mais porque os crimes militares decorrem da corruptela dessa mesma rede de aprendizado, formação e execução das rotinas profissionais!

E isso alcança até mesmo os civis, igualmente sujeitos ao comando constitucional do art. 142:

mesmo não estando sujeitos à hierarquia e à disciplina, os civis podem atentar contra elas, qualquer um pode, por exemplo,

14 TELES, Fernando Hugo Miranda. Op. cit. p. 114.

incitar a desobediência e a indisciplina, pode aliciar militares para motim ou revolta ou mesmo incitar militares a outros crimes¹⁵.

Assim, reforço a compreensão inicial de que a hierarquia e a disciplina militares são princípios constitucionais fundadores das instituições militares e, portanto, são eixos transversais de toda aplicação do Direito Militar, inclusive do Direito Processual Penal Militar.

Na verdade, em nosso contexto atual, os princípios constitucionais apresentam-se como constituidores da normatividade que emerge da concretude dos casos que devem ser resolvidos pelo Judiciário (...) Tudo isso, ao fim e ao cabo, quer dizer o seguinte: toda e qualquer decisão jurídica só será concreta (ou, na expressão utilizada em *Verdade e Consenso*, adequada à Constituição), na medida em que dela seja possível extrair um princípio¹⁶.

Ou, como diz a Professora e colega de MPM Selma Pereira de Santana:

A crescente politização do problema criminal, aliada à sua generalizada discussão, alargou substancialmente o foro da Política Criminal. As proposições político-criminais não de ser procuradas dentro do quadro de valores integrantes do senso comunitário e mediados, ou como chama a atenção FIGUEIREDO DIAS, 'positivados pela Constituição Democrática do Estado. Pressupostos essenciais da definição de um programa político-criminal são, dessa forma, os seus princípios diretores, ou seja, aqueles que encontrando-se na linha já aludida, devam ser considerados como emanações do sistema jurídico constitucional democrático¹⁷.

Portanto, os princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina, previstos no art. 124 da Constituição Federal não podem ser olvidados pelos magistrados em suas decisões, ainda quando envolvam civis, sob pena delas, as decisões, perderem sustentação sistêmica.

15 ALVES-MARREIROS, Adriano. Op. cit. p. 129.

16 STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz. Op cit. p. .

17 SANTANA, Selma Pereira de. **A reparação como consequência jurídico-penal autônoma do delito, o projeto alternativo de reparação: algumas objeções**. Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. STYDIA IURIDICA, 99, Ad Honorem – 5. Coimbra editora. p. 891.

Quer dizer, os princípios são *mandamentos de otimização* (*Optimierungsgebote*),¹⁸ podendo ser cumpridos em diferentes graus, conforme o permitam as possibilidades reais e também as jurídicas, dadas pelas regras e pelos princípios opostos.

Antes de encerrar este tópico, insisto em um ponto sobre a relevância da educação, que não pode ser ignorada nesse discurso: no *best seller* *O Povo Contra a Democracia*, Yascha Mounk aponta como sintomas da derrocada da democracia, o fato das escolas americanas terem negligenciado na *missão* de inculcar *espírito público* nos alunos e os pais perdido o interesse em infundir nos filhos um senso de *dever cívico*¹⁹.

Dessa forma, considerando que a legislação nacional acolhe e promove o entendimento de que as relações militares são circunstancializadas por uma rede de relações - desde a formação militar, até os mais altos postos das carreiras - permeadas, em todas as direções, pelos princípios da hierarquia e da disciplina e que, em razão direta disto, o Código de Processo Penal Militar preserva o que convencionou chamar de "*índole do processo penal militar*", avanço no sentido de analisar como essa índole perpassa, ou melhor, como se corresponde transversalmente com os clássicos princípios do processo penal. E este desafio é a que me lanço no próximo item.

3. OS PRINCÍPIOS PROCESSUAIS PENAIS MILITARES E SUA CONEXÃO COM A HIERARQUIA E A DISCIPLINA

Tenho a particular sorte e a grande satisfação de trabalhar neste pequeno ensaio sempre muito bem acompanhado com as obras de diversos colegas muito queridos. Neste tópico não será diferente, pois no cotejo pretendido utilizarei como norte a enumeração de princípios que consta do Manual de Direito Processual Penal Militar do valioso e incansável Cícero Robson Coimbra Neves. Ao todo são 31 (trinta e um) princípios reconhecidos pelo autor e eu, agora, - obediente às regras editoriais deste trabalho em coautoria - destacarei pelo menos alguns deles.

18 BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime Organizado e Proibição de Insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2010. p. 27.

19 MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia. Por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la**. São Paulo: Companhia das Letras. 2019. p. 294.

(1) Princípio da Humanidade: Cícero registra que sob a perspectiva do Direito Processual Penal Militar, o princípio da humanidade decorre do fundamento republicano da *dignidade da pessoa humana*.

Ora, o processo penal militar, principalmente após sua releitura constitucional desde 1988, é absolutamente apegado à proteção da integralidade dos direitos dos seres humanos nele envolvidos. Indiciados, réus, vítimas, testemunhas, peritos, assistentes, Juízes, Promotores e Advogados são conduzidos pela lei, invariavelmente, pela trilha do respeito e da probidade processual.

Aos indiciados e réus são garantidos o contraditório e a ampla defesa; a proteção de sua vida, integridade física e psicológica; a presunção do estado de inocência, a submissão a um julgamento por juízo constitucionalmente previsto, anterior à prática do crime; independência do órgão jurisdicional e do órgão de acusação; garantia ao duplo grau de jurisdição etc. Isto é, a rede de proteção dos investigados e acusados é igual ao do processo penal comum.

Mas além dessas garantias, direitos e deveres comuns ao processo penal, também há outros decorrentes da hierarquia e da disciplina. São vários os exemplos: a garantia de não ser investigado em Inquérito Policial Militar por Encarregado mais moderno; garantia de não ser julgador por integrante do Conselho de Justiça mais moderno; garantia de não ser punido disciplinarmente pelo mesmo fato, antes da solução do IPM ou da ação penal; garantia de não perder a graduação (praças estáveis) ou o posto (oficiais) antes do trânsito em julgado de sentença condenatória (nos termos da lei); garantia de permanecer preso cautelarmente nas dependências militares, respeitada sua condição hierárquica; assistência integral à família do militar investigado ou processado; garantia de, sendo o réu civil, ser processado e julgado pelo Juiz Federal da Justiça Militar monocraticamente, pois é reconhecida a ausência de vínculo profissional com as Forças Armadas, o que torna o escabinato sem propósito justificável etc.

Por outro lado, normas que hoje sabidamente conflitam com a dignidade do sujeito incriminado deixaram, naturalmente, de ser aplicadas, algumas até relativas à liturgia do processo, como, por exemplo, a injustificada e incômoda exigência de que o réu permaneça de pé ao ser interrogado (art. 406, CPPM) ou a deliberação do Conselho de Justiça em sessão secreta (art. 436, CPPM).

A transversalidade da hierarquia e da disciplina como marcadores, que são, do processo penal militar não permite qualquer tratamento aviltante ao réu. Ao contrário, a postura de obediência e respeito é recíproca e a autoridade somente se impõe com base na legalidade, que é o segundo princípio processual indicado por Coimbra Neves.

Jorge Augusto Caetano de Farias, em cuidadosa análise do sistema penitenciário militar, destaca que

outra importante implicação de tal binômio “hierarquia e disciplina” é o de que ele impregna toda a administração militar, alcançando inclusive os gestores e operadores do sistema prisional castrense, o que resulta, nos novos tempos vividos sob a égide da Constituição de 1988, em regra, no respeito aos ditames da dignidade da pessoa humana e no estatuto constitucional do preso, além do fornecimento das assistências mínimas garantidas aos reclusos²⁰.

Assim, pode ser dito que desde a fase pré-processual (investigação) até o derradeiro instante de cumprimento da sanção penal, todo o sistema penal militar é orientado pelo respeito à dignidade da pessoa humana, o que, ao fim e ao cabo, conduz à conclusão de que a hierarquia e a disciplina das Instituições Militares ao serem contempladas nas decisões judiciais, reforçam as garantias individuais já consagradas.

(2) Devido Processo Legal: com o objetivo de analisar a incidência transversal da hierarquia e da disciplina na garantia do *due process of law*, vou realçar sua perspectiva substancial, pois o devido processo substancial “*impõe o controle de atos estatais, em especial, ao que nos interessa, das decisões judiciais, que devem conhecer adequação ao caso concreto, atendendo à proporcionalidade e à razoabilidade*”²¹.

Ora, os princípios constitucionais são os condutores da normatividade das decisões judiciais. A sublimação da decisão judicial se dá na medida de sua compatibilidade com *algo que se antecipa: a compreensão daquilo que a comunidade jurídica constrói como Direito*.

Sendo mais claro, toda decisão deve se fundar em um compromisso (pré-compreendido). Esse compromisso passa pela reconstrução da história institucional do direito – aqui

²⁰ FARIAS, Jorge Augusto Caetano de. **Sistema prisional militar e fiscalização pelo Ministério Público: contributos para o exercício pleno da atribuição**. Dissertação de Mestrado. Universidade Católica de Brasília. 2018. p. 160.

²¹ NEVES, Cícero Robson Coimbra. Op. cit. p.110.

estamos falando, principalmente, dos princípios enquanto indícios formais dessa reconstrução – e pelo momento de colocação do caso julgado dentro da cadeia de integridade do direito. Portanto – e isso é definitivo – *a decisão jurídica não se apresenta como um processo de escolha do julgador das diversas possibilidades de solução da demanda. Mas, sim, como um processo em que o julgador deve estruturar sua interpretação – como a melhor, a mais adequada – de acordo com o sentido do direito projetado pela comunidade política*²².

O direito processual penal militar, portanto, orienta-se pelo respeito à plenitude dos princípios e das garantias constitucionais e processuais - sem opção válida de exclusão - e, a partir desse repertório essencial²³, oferece aos Magistrados a possibilidade de prolatar decisões justas, proporcionais e razoáveis, respeitando, inclusive, a característica personalíssima do processo penal militar, isto é: reconhecendo que as demandas apresentadas envolvem relacionamento - direto ou ocasional – com os princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina.

E essa índole própria do processo penal militar²⁴ foi efusivamente reafirmada no voto proferido pelo Ministro Ayres Britto, nos autos do HC 103684²⁵, ao negar a aplicação do princípio da insignificância em condenação por porte de droga no interior de Unidade Militar. Vê-se, claramente, a compreensão prévia dos *princípios constitucionais como constituidores da normatividade que emergiu da concretude dos fatos apreciados e julgados*²⁶.

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

22 STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Op. cit. p. 16.

23 “O processo penal deve estar pautado e ter por vetor principal a Constituição Federal. O processo, enquanto tal, deve ser sinônimo de garantia aos imputados contra as arbitrariedades estatais, sem perder de vista a necessidade da prestação jurisdicional. Aliás, o processo é uma das previsões constitucionais de garantia do atendimento ao texto da Constituição do Brasil”. TÁVORA, Nestor. ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito Processual Penal**. Salvador: Jus Podium. 2018. p. 69.

24 Sobre a índole do Direito Penal, o Professor Ricardo Freitas, diz: “Distinção material mais importante e exata é aquela que considera a especialidade do direito penal militar considerando a condição de sujeito passivo formal do delito. Neste sentido, o direito militar é direito especial por se preocupar com a preservação da existência e regular funcionamento das Forças Armadas”. FREITAS, Ricardo. ALVES-MARREIROS, Adriano. ROCHA, Guilherme. **Direito Penal Militar. Teoria crítica & prática**. São Paulo: Método. 2015. p. 21.

25 “No referido julgamento, o Ministro Ayres Britto lançou uma pá de cal sobre a *questio* (...) que o princípio da insignificância não poderia ser aplicado aos casos de droga apreendida nos quartéis, pois haveria também a ofensa à hierarquia e disciplina...”. LACAVA FILHO, Nelson. Op. cit. p. 74.

26 STRECK, Lenio Luiz. OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Op. cit. p. 17.

hierárquico-disciplinar interna. 3. A hierarquia e a disciplina militares não operam como simples ou meros predicados institucionais das Forças Armadas brasileiras, mas, isto sim, como elementos conceituais e vigas basilares de todas elas. Dados da própria compostura jurídica de cada uma e de todas em seu conjunto, de modo a legitimar o juízo técnico de que, se a hierarquia implica superposição de autoridades (as mais graduadas a comandar, e as menos graduadas a obedecer), a disciplina importa a permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regulamentos que presidem por modo singular a estruturação e o funcionamento das instituições castrenses. Tudo a encadeadamente desaguar na concepção e prática de uma vida corporativa de pinacular compromisso com a ordem e suas naturais projeções factuais: a regularidade, a normalidade, a estabilidade, a fixidez, a colocação das coisas em seus devidos lugares, enfim. 4. Esse maior apego a fórmulas disciplinares de conduta não significa perda do senso crítico quanto aos reclamos elementarmente humanos de se incorporarem ao dia-a-dia das Forças Armadas incessantes ganhos de modernidade tecnológica e arejamento mental-democrático. Sabido que vida castrense não é lavagem cerebral ou mecanicismo comportamental, até porque – diz a Constituição – “às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política para se eximirem de atividades de caráter essencialmente militar” (§ 1º do art. 143). 5. O modelo constitucional das Forças Armadas brasileiras abona a idéia-força de que entrar e permanecer nos misteres da caserna pressupõe uma clara consciência profissional e cívica: a consciência de que a disciplina mais rígida e os precisos escalões hierárquicos não de ser observados como carta de princípios e atestado de vocação para melhor servir ao País pela via das suas Forças Armadas. Donde a compatibilidade do maior rigor penal castrense com o modo peculiar pelo qual a Constituição Federal dispõe sobre as Forças Armadas brasileiras. Modo especialmente constitutivo de um regime jurídico timbrado pelos encarecidos princípios da hierarquia e da disciplina, sem os quais não se pode falar das instituições militares como a própria fisionomia ou a face mais visível da ideia de ordem. O modelo acabado do que se poderia chamar de relações de intrínseca subordinação²⁷.

(3) Princípio da publicidade: no direito processual penal militar a publicidade dos atos procedimentais ou processuais é a regra – como não poderia deixar de ser! Até mesmo porque a prestação jurisdicional ofertada, é civil: os órgãos de acusação, defesa e de decisão são civis, e, ainda que os Conselhos de Justiça e o Plenário do Superior Tribunal Militar contenham militares em sua composição, eles integram a estrutura da Justiça da União (arts. 122 a 124 da CF), e não das Forças Armadas (Poder Executivo).

27 HC 103684, STF. Relator Ministro Ayres Britto. DJE 070, 12/04/2011.

Portanto, já há uma primeira demonstração de que os princípios da hierarquia e da disciplina permeiam e interessam às relações entre a instituição civil controladora (Justiça Militar) e as Forças Armadas, afinal

a garantia do acesso de todo e qualquer cidadão aos atos praticados no curso do processo revela uma clara postura democrática, e tem como objetivo precípuo assegurar a transparência da atividade jurisdicional, oportunizando sua fiscalização não só pelas partes, como por toda a comunidade (...) Traduz-se, portanto, numa exigência política de se afastar as desconfiança da população na administração da justiça”²⁸.

Em face desta percepção, notadamente três disposições do CPPM passaram a ser compreendidas e aplicadas conforme a exigência da publicidade.

O primeiro deles, é o art. 16, que trata ainda da fase pré-processual, ou seja, apuração inicial do crime através de inquérito policial militar (IPM). Muito embora o art. 16 disponha que o inquérito é sigiloso, transmitindo a ideia equivocada de o sigilo ser a regra, fato é que

ainda que os atos praticados durante o inquérito policial não tenham o *status* de *atos processuais*, eles também integram o sistema persecutório estatal e devem ser adjetivados pelos mesmos princípios republicanos e democráticos (...) Talvez, a grade questão seja redimensionar o sigilo do inquérito não mais como uma de suas características intrínsecas, mas como uma de suas possibilidades – justificada diante das particularidades do caso concreto – que o marcam como procedimento inquisitivo²⁹.

Dessa forma, o sigilo no IPM é uma possibilidade jurídica, diante de circunstâncias especiais que o sugerem³⁰, e não a marca identitária do procedimento!

28 LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 62.

29 SARAIVA, Alexandre José de Barros Leal Saraiva. **Manual Básico de Polícia Judiciária Militar**. Curitiba: Juruá. 2017. p. 23.

30 Renato Brasileiro de Lima, comentado o sigilo do inquérito policial, diz: “Se a autoridade policial verificar que a publicidade das investigações pode causar prejuízo à elucidação do fato delituoso, deve decretar o sigilo do inquérito policial com base no art. 20 do CPP, sigilo este que não atinge a autoridade judiciária e nem o Ministério Público”. Op. cit. p. 119.

A regra como se percebe, é a publicidade do processo. Mas não se trata de uma garantia ilimitada. Alguns aos poderão ter sua publicidade restringida por vários motivos (de interesse público, de interesse privado ou de interesse da justiça)³¹.

Recente alteração no Código de Processo Penal Militar (Lei nº 13.964/2019) realça a publicidade do IPM, pois torna obrigatório que o indiciado seja formalmente comunicado da instauração do procedimento (art. 16-A, § 1º).

Outro dispositivo do CPPM que merece especial atenção em face do princípio da publicidade é o art. 387, que proclama que a instrução criminal será *sempre* pública, mas, excepcionalmente pode ser decretado seu sigilo, quando for necessário para a manutenção da ordem e da disciplina, ou a bem da segurança nacional.

Vê-se que a justificativa para a decretação do sigilo alcança a tutela da ordem militar (disciplina e hierarquia), além da própria segurança nacional; mas, se é óbvio que situações excepcionais permitem restrições razoáveis das garantias processuais, também é indiscutível que tal relaxamento jamais pode inviabilizar a vocação democrática do processo.

Portanto, o sigilo extravagante da instrução processual somente atinge a assistência de terceiros, ou seja: a instrução continua com a participação plena das partes!

Apesar de a regra ser a publicidade ampla no processo judicial, deve-se compreender que a publicidade, como toda e qualquer garantia, não tem caráter absoluto, podendo ser objeto de restrição em situações em que o interesse à informação deva ceder em virtude de outro interesse de caráter preponderante no caso em concreto. Daí se falar em publicidade restrita, ou interna, que se caracteriza quando houver alguma limitação à publicidade dos atos do processo. Nesse caso, alguns atos ou todos eles serão realizados somente perante as pessoas diretamente interessadas no feito e seus respectivos procuradores, ou, ainda, somente perante estes³².

31 GOMES, Luiz Flávio. MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Pacto de San José da Costa Rica**. 3ª edição. São Paulo: RT. 2010. p. 138.

32 LIMA, Renato Brasileiro de. Op. cit. p. 118.

A própria Constituição Federal anuncia explicitamente uma exceção à ampla publicidade processual, logo no ápice da prestação jurisdicional, quando reconhece o sigilo da votação dos jurados nos processos do Tribunal do Júri (art. 5º, inc. XXXVIII, alínea “b”).

No caso específico do direito processual penal militar, a publicidade dos procedimentos e processos – não o espetáculo! – fortalece o efeito dissuasório do sistema criminal castrense, pois o comportamento dos militares, como um todo, é extremamente permeado pela cadeia mimética de exemplos (reforços positivos ou negativos). Entre os militares é célebre o axioma: a palavra convence, o exemplo arrasta.

Bom, um terceiro dispositivo do CPPM que ganha maior atenção neste tópico da discussão versa sobre a previsão de sessão secreta dos Conselhos de Justiça no instante da deliberação (veredito). Com efeito, o art. 434 do CPPM, diz

Concluídos os debates e decidida qualquer questão de ordem levantada pelas partes, o Conselho de Justiça passará a deliberar em sessão secreta, podendo qualquer dos juizes militares pedir ao auditor esclarecimentos sobre questões de direito que se relacionem com o fato em julgamento.

Ora, nem sequer foi preciso alteração legislativa, vez que, tão logo inaugurou-se a era CF/88, já se passou à compreensão de que a deliberação dos integrantes dos Conselhos de Justiça haveria de ser pública, permitindo-se, no máximo, a restrição dos presentes às partes e interessados³³, em situações extraordinárias que justifiquem a medida.

Reputamos não recepcionada essa parte do dispositivo pela Constituição Federal de 1988, que consagrou a publicidade nos julgamentos do Poder Judiciário. Diversamente do que ocorre no Tribunal do Júri, em que há norma constitucional expressa, assegurando o sigilo das votações (art. 5º, XXXVIII, b, CF), o colegiado militar não possui nenhuma razão para se reunir em segredo³⁴.

33 “Concluídos os debates orais, o Conselho de Justiça deliberará não mais em sessão secreta, por vedação expressa contida no artigo 93, IX da Constituição da República, mas no máximo em sessão restrita, desde que presentes o Ministério Público, o advogado e o réu. Assim, o art. 4334 não foi recepcionado em parte pela Constituição”. MIGUEL, Cláudio Amin. COLDIBELLI, Nelson, **Elementos de Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008. p. 143.

34 NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Militar Comentado**. 2ª edição. Rio de Janeiro: Forense. 2014. p.466.

Aliás, a orientação que os princípios da hierarquia e da disciplina espargem pelo processo criminal militar, é exatamente direcionada no sentido de diálogo franco na aplicação da lei, e isto se dá, por excelência, no momento de construção do veredito colegiado, em que o escabinato encontra a razão máxima de sua existência.

Quantas vezes, nós que operamos na Justiça Militar, testemunhamos motivações dos juízes militares repletas de embasamento empírico, em que a aplicação do direito é ricamente cotejada com a rotina particular da vida militar? Experiências de longos anos na caserna, servindo de suporte fático na busca da mais razoável decisão judicial.

(4) Princípio da eficiência: Coimbra reúne os princípios da economia, celeridade e eficiência do processo em um único tópico (3.2.4.14) e eu, por minha vez, decidi abordá-los enfatizando a duração razoável do processo, sob a transversalidade da hierarquia e da disciplina. Aliás, segundo o próprio Professor

os princípios da *celeridade processual* e da *economia processual* estão tão ligados à ideia de eficiência que podemos mesmo pensar no surgimento de um novo princípio que os condense, o *princípio da eficiência do processo penal*, caracterizado pela busca de um processo penal econômico e célere³⁵.

De pronto é preciso destacar que a instauração de um processo criminal contra um militar da ativa, produz consequências imediatas na carreira do réu. Com efeito, nos termos da Lei nº 5.821/72 (Lei de Promoções dos Oficiais da Ativa das Forças Armadas), por exemplo, oficial preso preventivamente ou réu em processo penal não pode ter seu nome em Quadro de Acesso ou Lista de Escolha (art. 35, c e d), isto é, não será promovido enquanto tramitar a ação. Já o CPPM veda a movimentação dos réus militares para fora da área de jurisdição da Auditoria (art. 392), como também impõe severas limitações à transferência de oficiais para a reserva remunerada, quando estiverem na condição de indiciado em inquérito ou acusado em processo (art. 393).

Ora, essas consequências – que interferem na vida pessoal do militar e, principalmente na gestão público militar – bem demonstram que a celeridade e a eficiência do processo penal são de interesse prático das Instituições Militares.

35 Op. cit. p. 143.

Devo lembrar, também, que os juízes militares dos Conselhos de Justiça ficam à disposição da Justiça Militar em dias de sessão ou quando forem requisitados pelos Juízes Federais da Justiça Militar como, por exemplo, para estudo do processo em datas próximas aos julgamentos.

Essas situações indicadas demonstram que na índole do processo penal militar existem traços significativos de pendão à celeridade processual. Cito alguns exemplos: (a) o art. 390 do CPPM prevê o prazo razoável de duração da instrução criminal: 50 dias, quando o acusado estiver preso; e, 90 dias, estando em liberdade; (b) o art. 431 que prevê a concentração e a unidade a audiência de julgamento; (c) o princípio da instrumentalidade relativa das formas, no art. 499; etc.

Há uma outra perspectiva de ordem prática, pois os militares são constantemente transferidos entre as guarnições e boa parte do efetivo de uma unidade muda de ano em ano (os recrutas, por exemplo, permanecem no máximo por 12 meses). Esta dinâmica, incentiva (exige) uma prestação jurisdicional rápida, a fim de que não se percam as possibilidades de aprendizado e dissuasão que as sentenças penais, propiciam (notadamente a prevenção genérica das sentenças condenatórias).

A sanção é *preventiva* ou *intimidativa* porque colima que o estímulo, potencial, inclinação e propensão de outras pessoas para a prática de fatos criminosos semelhantes sejam refreados e contidos. A pena serve, então, também como um fator de desestímulo. O exemplo dado com a infligência da pena ao delinquente que enveredou pela senda do delito se presta como fator para arrefecer os ânimos de outras pessoas que queiram fazer o mesmo (*prevenção genérica ou geral*) e sua aplicação ao próprio criminoso tem a finalidade de desencorajá-lo à ideia de novas empreitadas criminosas no futuro (*prevenção específica*)³⁶.

(5) Princípio da imparcialidade do juiz: talvez uma das críticas mais comuns e desarrazoadas (para não dizer *levianas*) sobre a Justiça Militar é a de que é constitui-se em um tribunal de exceção e é parcial.

Em primeiro lugar, sabemos todos que os Órgãos da Justiça Militar são criados por lei e, por evidência, já estão postos a funcionar muito antes dos atos que julga. A atual organização judiciária militar, por exemplo, data de 04/09/1992. Assim, já se esvai qualquer referência lúcida a tribunal de exceção.

36 PEDROSO, Fernando de Almeida. **Direito Penal. Parte Geral. Doutrina e Jurisprudência.** 5ª edição. São Paulo: J H Mizuno. 2017. p. 612.

Ora, em nosso ordenamento jurídico é vedada a Justiça de exceção (...). E tal princípio encontra-se situado entre os direitos e as garantias fundamentais (...) Nesse sentido, se é a própria Constituição Federal que, ao longo da história política de nosso país, erigiu à condição de órgão do Poder Judiciário; se somente a Constituição é que pode definir qual é o juiz constitucional ou o juiz natural em nosso ordenamento, criando a Justiça Castrense como Justiça Especial; e, se ela vedou a criação de Justiça de exceção, nada mais equivocado do que atribuir esse rótulo à Justiça Militar³⁷.

Por outro lado, é importante sempre ressaltar que a Justiça Militar, no Brasil, integra o Poder Judiciário, nos termos anunciados pela Constituição Federal. Portanto, os Conselhos de Justiça não são Cortes Marciais!

Porém, o que mais importa é que os Juízes Federais da Justiça Militar da União são escolhidos em concurso público extremamente exigente, assim como os Membros do Ministério Público Militar (ramo mais antigo do Ministério Público da União). Além disso, conta-se hoje com uma fortíssima e aguerrida Defensoria Pública da União e talentosos advogados especialistas na defesa de crimes militares.

Ocorre que a composição mista dos Conselhos de Justiça dá oportunidade a severas críticas. Todavia, é fato que os militares possuem um sólido compromisso ético firmado, inclusive, por lei – a Lei nº 6.880/80 que, dentre outros preceitos, impõe: (i) amar a verdade e a responsabilidade como fundamento da dignidade pessoal (art. 28, inc. I); (ii) respeitar a dignidade da pessoa humana (art. 28, inc. III); (iii) ser justo e imparcial no julgamento dos atos e na apreciação dos méritos dos subordinados (art. 28, inc. V).

Sobre o tema, a já famosa citação feita pelo Eminentíssimo Ministro do Superior Tribunal Militar, Péricles Aurélio Lima de Queiroz, reavivando as palavras do Capelão Militar Joaquim Luiz Cupertino, “*proceder com honra e cumprir o dever são duas ideias fundamentais na vida dum militar, porque isso significa ter valor militar*”³⁸.

Essa independência que conduz à imparcialidade tem uma garantia legal bastante interessante, o disposto no art. 435, do CPPM, que determina a ordem dos votos na sessão de julgamento, sendo que o Juiz togado é o primeiro a votar imediatamente seguido, não pelo militar de maior posto ou antiguidade,

37 ROTH, Ronaldo João. **Justiça Militar a as Peculiaridades do Juiz Militar na Atuação Jurisdicional**. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2003. p. 53.
38 Ac. 133-59.2017.7.00.0000/DF.

mas, ao contrário, pelo de menor posto ou antiguidade, exatamente para evitar qualquer tipo de constrangimento, pressão ou desejo de acompanhar a decisão de seus superiores.

Isto acontece exatamente pelo reconhecimento de que os princípios da hierarquia e da disciplina influenciam transversalmente no processo penal militar e na busca da aplicação justa, razoável e proporcional do direito penal.

4. CONCLUSÃO

Bem, neste capítulo procurei demonstrar que a hierarquia e a disciplina, além de princípios fundadores das Forças Armadas – instituições permanentes e regulares do Estado – constituem-se em princípios constitucionais *erga omnes*, isto é, todos nós, civis ou militares, pessoas físicas ou jurídicas. Enfim, que todos somos responsáveis e interessados na manutenção da hierarquia e da disciplina militares, até porque, como comprovado por diversos eventos históricos, a quebra destes princípios tem o potencial de levar a sociedade ao caos.

Também me ocupei em demonstrar que a eficiência das Forças Armadas é indissociável da manutenção da disciplina e obediência à hierarquia, e procurei fazê-lo trazendo o posicionamento de estudiosos, práticos e acadêmicos.

Após isso, selecionando alguns poucos princípios comuns ao processo penal, apresentei a proposição de que os princípios constitucionais da hierarquia e da disciplina podem ser considerados como eixos transversais do processo penal militar.

Por fim, considerando as três premissas anteriores, proponho a conclusão de que a *índole* de processo penal militar (art. 3º, a, CPPM), está, exatamente, nesse permeio constante da hierarquia e da disciplina, desde o início das investigações policiais até o cumprimento da sanção penal decorrente do devido processo legal.

(IN)APLICABILIDADE DO NOVO ART. 75 DO CÓDIGO PENAL COMUM AO DIREITO PENAL MILITAR E A DESPROPORCIONALIDADE DOS DISPOSITIVOS DE APLICAÇÃO DA PENA NO CÓDIGO PENAL CASTRENSE

Cícero Robson Coimbra Neves³⁹

RESUMO: O PRESENTE RACIOCÍNIO APROVEITA O ENSEJO DA LEI N. 13.964/2019, CONHECIDA COMO “PACOTE ANTICRIME”, PARA LANÇAR UM OLHAR SOBRE AS REGRAS DE APLICAÇÃO E DE CUMPRIMENTO DE PENA NO DIREITO PENAL MILITAR. COM O ADVENTO DA NOVA LEI, ALTEROU-SE O ART. 75 DO CÓDIGO PENAL, ELEVANDO O LIMITE MÁXIMO DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA 40 ANOS. INDAGA-SE NESTE TRABALHO, SE ESTA ALTERAÇÃO INFLUENCIA O DIREITO PENAL MILITAR, O QUE IMPÕE A NECESSIDADE DE ANALISAR NÃO APENAS O DISPOSITIVO ESPECÍFICO DA LEI PENAL MILITAR SOBRE O ASSUNTO, MAS TAMBÉM OUTROS SOBRE A APLICAÇÃO E A UNIFICAÇÃO DA PENA, COTEJADOS COM O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. CONCLUI-SE, AO FINAL, QUE OS DISPOSITIVOS SOBRE A APLICAÇÃO E A UNIFICAÇÃO FORAM RECEPCIONADOS EM PARTE PELA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E QUE A ALTERAÇÃO DO ART. 75 DO CP NÃO ALTEROU OS LIMITES DE CUMPRIMENTO DE PENA NO CÓDIGO PENAL MILITAR, EMBORA SIRVA DE PARÂMETRO PARA FUTURAS ALTERAÇÕES DA LEI CASTRENSE.

PALAVRAS-CHAVE: DIREITO PENAL MILITAR. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO E CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE.

ABSTRACT: This reasoning takes advantage of the opportunity of Law No. 13.964/2019, known as the “Anticrime Package”, to shed some light over the rules of application and enforcement of sentences in military criminal law. After the new Law, art. 75 of the Penal Code has been amended, raising the maximum penalty limit to 40 years. This paper brings up the issue of whether this amendment influences military criminal law, which imposes the need to analyze not only the specific provision of military criminal law on the subject, but also others on the application and unification of the penalty, compared with the principle of proportionality. Finally, it is concluded that the provisions on application and unification were received in part by the Federal Constitution of 1988 and that the amendment of art. 75 of the Penal Code did not change the limits of compliance with the military penal code, although it serves as a parameter for future changes to the military justice.

KEY WORDS: MILITARY CRIMINAL LAW. PRINCIPLE OF PROPORTIONALITY. APPLICATION AND ENFORCEMENT OF THE PRIVATE PENALTY OF LIBERTY.

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

1. INTRODUÇÃO

Em de 11 de dezembro de 2019, o Plenário do Senado aprovou o “Pacote Anticrime”, trazido pelo Projeto de Lei n. 6.341/2019, que vingou, após sanção presidencial com alguns vetos, pela Lei n. 13.964/2019.

Houve substanciais alterações no Direito Penal e Processual Penal brasileiro, com o objetivo, ao menos inicial, de alcançar maior rigor no combate à criminalidade, mas que ganhou peculiares disposições, muito discutidas na atualidade.

Embora seja uma extensa lei, a única alteração expressamente trazida ao Direito Castrense foi o acréscimo do art. 16-A ao Código de Processo Penal Militar, o que não impede que se discuta se outras alterações atingiram o Direito Militar.

Um dos pontos mais interessantes nessa tarefa está em verificar se a alteração do art. 75 do Código Penal comum pode gerar reflexos na aplicação e cumprimento da pena no Direito Penal Militar, mas este é apenas o porto de partida, pois, como consequência, há que se revisitar alguns dispositivos do Código Penal Militar sob o crítico olhar do princípio da proporcionalidade.

Em outras linhas, a necessária avaliação da aplicação ou não da nova regra do Código Penal comum ao Direito Penal Militar, leva a um estudo mais detido sobre as regras de aplicação de pena, com o propósito de permitir a justa resposta penal ao crime praticado.

Esta é a viagem proposta. Lançar um olhar renovado sobre alguns dispositivos afetos à aplicação da pena, aproveitando-se do ensejo do Pacote Anticrime.

2. O NOVO ART. 75 DO CÓDIGO PENAL

A primeira tarefa, o primeiro ponto de parada dessa viagem é conhecer a alteração do art. 75 do Código Penal comum.

Como suscitado acima, a Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019, conhecida como Pacote Anticrime, alterou profundamente do ordenamento jurídico brasileiro, inovando vários diplomas.

Entre eles, o Código Penal – Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – conheceu várias mudanças, interessando, particularmente, a nova redação do seu art. 75.

A alteração é muito simples, como se enxerga no seguinte quadro:

| QUADRO COMPARATIVO DA REDAÇÃO DO ART. 75 DO CP (antes e depois da Lei n. 13.964/19) | |
|---|--|
| REDAÇÃO ANTERIOR | REDAÇÃO ATUAL |
| Limite das penas Art. 75 - O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 30 (trinta) anos. § 1º - Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 30 (trinta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. | Limite das penas Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos. § 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser unificadas para atender ao limite máximo deste artigo. |

Houve simplesmente a mudança do limite para o tempo de cumprimento de pena privativa de liberdade, que passa a ser de 40 anos.

Com muita propriedade sobre o tema, dispõem Renee do Ó Souza e Caroline de Assis e Silva Holmes Lins (2020, p. 17):

O limite máximo legal, em alguma medida, regulamenta a proibição de penas de caráter perpétuo prevista no art. 5º, inciso XLVIII, alínea *b*, da Constituição da República. Mas é inegável o relativo conteúdo dissuasório do dispositivo que indica ao cidadão que a prática reiterada de crimes pode lhe custar uma boa parte de sua vida na prisão. Neste contexto, o teto de trinta anos, previsto desde a redação original do Código Penal vigente, que levava em conta a expectativa de vida do brasileiro na década de 30, dada a desatualização flagrante do pressuposto fático da norma, tinha perdido esse caráter inibidor da sanção penal. Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatísticas, a expectativa de vida do brasileiro aumentou 41,7 anos em pouco mais de sete décadas – de 1940 para 2014, dado que indicava a necessidade de atualização do índice.

Com efeito, o que se deseja com o dispositivo é impedir que a sanção privativa de liberdade importe em consumo de toda uma vida, mas sem que esse limite, esse freio, implique em diminuição do caráter desestimulante da sanção penal. A propósito da interpretação constitucional, especialmente para os direitos e garantias fundamentais, não custa lembrar que há a imposição, pelo princípio da eficiência máxima ou máxima efetividade, de que os preceitos constitucionais sejam densificados, alcançando expansividade, com o escopo de atingir a maior eficácia possível (MARTINS, 2020, p. 402).

Embora o § 1º sugira que a pena unificada não possa passar de 40 anos – assim como o fazia a antiga redação com o patamar de 30 anos –, possibilitando a compreensão de que se refere à aplicação da sanção penal, em verdade, o parágrafo diz respeito ao *caput*, ou seja, deve ser aplicado como critério de cumprimento da pena.

Em outros termos, quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma ultrapasse os 40 anos, será procedida a unificação do cumprimento para atender a esse limite, mas não significando que o limite seja imposto para fins de cálculos, por exemplo, fracionários para o livramento condicional, progressão de regimes, remição etc., à luz do que já dispunha a Súmula 715 do Supremo Tribunal Federal: “A pena unificada para atender ao limite de trinta anos de cumprimento, determinado pelo art. 75 do Código Penal, não é considerada para a concessão de outros benefícios, como o livramento condicional ou regime mais favorável de execução”.

Como se trata de lei penal mais gravosa, não custa lembrar o princípio de sua irretroatividade, conforme o inciso XL do art. 5º da Constituição Federal.

Mas a alteração em comento, deve-se alertar, não afeta apenas o cumprimento da pena, já que traz reflexos em outros pontos, inclusive em paragens fora do Direito Penal.

Como exemplo, tem-se a discussão envolvendo a medida de segurança detentiva. Malgrado haja posição firme do STJ (Súmula 527) e do STF (RE n. 640135 AgR, rel. Min. Luiz Fux – Dje 12/12/2012) no sentido de que o limite máximo de duração da medida de segurança é aquele abstratamente previsto como máxima sanção privativa de liberdade para o delito cometido, há entendimento compreendendo que esse limite deveria coincidir com o limite máximo de cumprimento de pena previsto no art. 75 do Código Penal (CUNHA, **Pacote Anticrime**, 2020, p. 24). Assim, para esta segunda corrente, o limite para a medida de segurança de internação em hospital de custódia e tratamento passaria a ser o de 40 anos, após a Lei n. 13.964/2019.

Há, ainda, reflexo da alteração na extradição de estrangeiro.

A Lei de Migração (Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017), dispõe em seu art. 96:

Art. 96. Não será efetivada a entrega do extraditando sem que o Estado requerente assumira o compromisso de:
I – [...];
II – [...];
III - comutar a pena corporal, perpétua ou de morte em pena privativa de liberdade, respeitado o limite máximo de cumprimento de 30 (trinta) anos;

Obviamente, a Lei de Migração, de 2017, “conversava” com o art. 75 do Código Penal e deve ser revista, sustentando Renee do Ó Souza e Caroline de Assis e Silva Holmes Lins (2020, p. 18) ter havido sua revogação tácita, que deve ter por parâmetro, agora, o cumprimento máximo de 40 anos. Também essa a visão de Rogério Sanches Cunha (**Pacote Anticrime**, 2020, p. 25), firmando que a “entrega do extraditando para países que imponham prisão perpétua, agora, depende da comutação dessa pena para sanção privativa de liberdade que não ultrapasse 40 anos (art. 75 do CP).

Na linha de discussão proposta, inevitavelmente, chega-se à indagação se a alteração do Código Penal comum produz reflexos no Direito Penal Militar, ou seja, se também nas execuções da Justiça Militar haveria a alteração do limite máximo de cumprimento de pena para 40 anos.

Não se pode responder a esta indagação, sem que se lance o olhar sobre alguns dispositivos de aplicação de pena no Código Penal Militar, cotejando-os com o princípio da proporcionalidade.

3. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E A AJUSTA RESPOSTA PENAL AO CRIME

A discussão sobre a individualização da pena, obviamente, é permeada pela ideia de proporcionalidade em três momentos: a) cominação da pena pelo legislador, quando da elaboração do tipo penal; b) fixação da pena, no caso concreto, pelo magistrado; c) execução da pena.

Assim, a proporcionalidade é ferramenta fundamental para se chegar à justa reprovação de um ilícito penal, o que lhe confere natureza de princípio a condicionar o poder punitivo do Estado.

Importante lembrar, nesta construção, que a doutrina se divide entre aqueles que compreendem o princípio da proporcionalidade como sinônimo do princípio da razoabilidade e aqueles que distinguem os dois princípios. No segundo grupo, está Flávio Martins (2019, p. 404):

Embora alguns autores (e até mesmo algumas decisões do Supremo Tribunal Federal) confundam esse princípio com a *proporcionalidade*, há diferenças substanciais, a começar pela própria origem do princípio. Trata-se de um princípio com origem na Suprema Corte norte-americana, derivado do princípio do *devido processo legal* (*due process of law*). Como lembra Daniel Sarmiento, ‘experiência paralela ocorreu nos Estados Unidos, com o desenvolvimento pela Suprema Corte do país, a partir de meados do século XIX, da ideia do devido

processo legal substantivo, que pode ser associado à exigência de razoabilidade das normas e condutas estatais'

Segundo a teoria norte-americana, o *devido processo legal* teria duas modalidades: processual ou procedimental e material ou substantiva. Enquanto o *devido processo legal processual* (*procedure due process of law*) consiste no conjunto de direitos e garantias aplicadas ao processo (contraditório, ampla defesa, devido processo legal, publicidade etc.), o *devido processo legal substantivo ou material* (*substantive due process of law*) consiste na invalidade dos atos do poder público que não seja razoáveis

[...]

[...]. Diferentemente do princípio da razoabilidade, o princípio da proporcionalidade tem origem no Tribunal Constitucional alemão, em julgado de 1971. Segundo Virgílio Afonso da Silva, 'a regra da proporcionalidade no controle das leis restritivas de direitos fundamentais surgiu por desenvolvimento jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão. [...] Na forma desenvolvida pela jurisprudência constitucional alemã, tem ela uma estrutura racionalmente definida, com subelementos independentes – a análise da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito – que serão aplicados em uma ordem predefinida, e que conferem à regra de proporcionalidade a individualidade que a diferencia, claramente, da mera exigência da razoabilidade.

Em outra corrente, a considerar proporcionalidade e razoabilidade como princípio idênticos, está, por exemplo, Cleber Masson (2016, p. 11), cujas lições já ajudarão a tornear o princípio sob o prisma que se deseja:

[...]: De acordo com este princípio, também conhecido como **princípio da razoabilidade** ou da **convivência das liberdades públicas**, a criação de tipos penais incriminadores deve constituir-se em **atividade vantajosa** para os membros da sociedade, eis que impõe um ônus a todos os cidadãos, decorrente da ameaça de punição que a eles acarreta. Sua origem remonta a Magna Carta do Rei João Sem Terra, de 1215. Nos moldes atuais, foi desenvolvido inicialmente na Alemanha, sob inspiração de pensamentos jusnaturalistas e iluministas, com os quais se afirmaram a ideia de que a limitação da liberdade individual só se justifica para a concretização de interesses coletivos superiores. O princípio da proporcionalidade funciona como **forte barreira impositiva de limites ao legislador**. Por corolário, a lei penal que não protege um bem jurídico é ineficaz, por se tratar de intervenção excessiva na vida dos indivíduos em geral. Incide também na dosimetria da pena-base. Possui três destinatários: o **legislador (proporcionalidade abstrata)**, o **juiz da ação penal (proporcionalidade concreta)** e os **órgãos de execução penal (proporcionalidade executória)**. Modernamente, o princípio da proporcionalidade deve ser analisado sob uma dupla ótica. Inicialmente, constitui-se em **proibição do excesso**, pois é vedada a cominação e aplicação de penas em dose exagerada e desnecessária. Se não bastasse, este princípio impede a **proteção insuficiente de bens jurídicos**, pois não tolera a punição abaixo da medida correta.

Com efeito, tem-se uma primeira ideia de que o princípio da proporcionalidade – considerada pelo autor como sinônimo do princípio da razoabilidade, o que não é unanimemente aceito – está como a fornecer uma moldura à criação de tipos penais (proporcionalidade abstrata), que apenas

podem ser proporcionais se efetivamente protegerem bens jurídicos de elevada estima social e, neste ponto, permeia o princípio da intervenção mínima, especificamente quando se discute o processo de criminalização de condutas sob o enfoque da **necessidade de intervenção penal**, tendo a sanção penal como único meio eficaz à tutela do bem jurídico com dignidade penal.

Claro, também assiste razão ao autor, ao vincular a proporcionalidade com a aplicação da pena, condicionando a intervenção penal pela previsão (proporcionalidade abstrata), aplicação (proporcionalidade concreta) e execução da pena (proporcionalidade executória), vedando-se o excesso.

Ao lado da vedação ao excesso, entretanto, tem-se, ainda a vedação a uma proteção deficiente, de maneira que não se pode admitir que o Estado negligencie na sua tarefa de coibir a agressão a bens jurídicos de alta relevância para o corpo social. Há uma “obrigação de proteger os bens jurídicos de forma suficiente” (CUNHA, **Manual de direito penal**, 2020, p. 496).

Encontra-se, aqui, uma vetorização em sentido duplo ou ambivalente, também se reconhecendo por não proporcional a falha de proteção de bens jurídicos, seja pela não previsão de um delito, seja pela insuficiente medida de pena (na previsão legal ou na efetiva aplicação), ou mesmo pelo fato de a execução não refletir a necessidade do binômio retribuição/ressocialização.

Nesse contexto muito bem consigna Fernando Hugo Miranda Teles⁴⁰:

Conforme mencionado acima, os princípios são mandados de otimização e orientam o Poder Público nos fins e programas a serem perseguidos. Um desses princípios é chamado de Vedação à Proteção Deficiente. Sua origem vem também do direito alemão e do Princípio da Proporcionalidade.

Prossegue o autor lembrando, com André de Carvalho Ramos, que para o Direito Penal, um dos vieses da proporcionalidade, ao lado da proibição do excesso, está na proibição da insuficiência, que afasta leis e decisões judiciais que não protejam o direito “à justiça das vítimas e o direito à segurança de todos os beneficiados pela prevenção geral da tutela penal”⁴¹.

Arremata com as lições de Douglas Fischer, em seu garantismo penal

⁴⁰ TELES, Fernando Hugo Miranda. **Tratados internacionais e competência da Justiça Militar da União: um estudo de caso**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/77961/tratados-internacionais-e-competencia-da-justica-militar-da-uniao-um-estudo-de-caso> . Acesso em 03.04.2020.

⁴¹ Idem..

integral:

Denominado de garantismo positivo (que, para nós, é indubitável ser aplicado também nas searas penal e processual penal), esse dever de proteção (no qual se inclui a segurança dos cidadãos) implica a obrigação de o Estado, nos casos em que for necessário, adequado e proporcional em sentido estrito, restringir direitos fundamentais individuais dos cidadãos.

(...)

Ratificamos nossa compreensão no sentido de que, embora construídos por premissas diversas, o princípio da proporcionalidade (em seus dois parâmetros: o que não ultrapassar as balizas do excesso – *Übermassverbot* – e da deficiência – *Untermassverbot* – é proporcional) e a teoria do garantismo penal expressam a mesma preocupação: o equilíbrio na proteção de todos (individuais ou coletivos) os direitos e deveres fundamentais expressos na Carta Maior⁴².

A visão doutrinária, ademais, encontra eco na jurisprudência.

No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, tome-se o *Habeas Corpus* n. 104.410/RS, rel. Min. Gilmar Mendes, j. 06/03/2012:

HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DESMUNICIADA. (A) TIPICIDADE DA CONDUTA. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS. MANDATOS CONSTITUCIONAIS DE CRIMINALIZAÇÃO E MODELO EXIGENTE DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS EM MATÉRIA PENAL. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO EM FACE DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA DESMUNICIADA. ORDEM DENEGADA.

1. CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS PENAIS.

1.1. Mandatos Constitucionais de Criminalização: A Constituição de 1988 contém um significativo elenco de normas que, em princípio, não outorgam direitos, mas que, antes, determinam a criminalização de condutas (CF, art. 5º, XLI, XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, X; art. 227, § 4º). Em todas essas normas é possível identificar um mandato de criminalização expresso, tendo em vista os bens e valores envolvidos. Os direitos fundamentais não podem ser considerados apenas como proibições de intervenção (Eingriffsverbote), expressando também um postulado de proteção (Schutzgebote). Pode-se dizer que os direitos fundamentais expressam não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbote), como também podem ser traduzidos como proibições de proteção insuficiente ou imperativos de tutela (Untermassverbote). Os mandatos constitucionais de criminalização, portanto, impõem ao legislador, para o seu devido cumprimento, o dever de observância do princípio da proporcionalidade como proibição de excesso e como proibição de proteção insuficiente.

1.2. Modelo exigente de controle de constitucionalidade das leis em matéria penal, baseado em níveis de intensidade: Podem ser distinguidos 3 (três) níveis ou graus de intensidade do controle de constitucionalidade de leis penais, consoante as diretrizes elaboradas pela doutrina e jurisprudência constitucional alemã: a) controle de

⁴² PELELLA, E.; FISCHER, D.; CALABRICH, B. *apud* TELES, Fernando Hugo Miranda. **Tratados internacionais e competência da Justiça Militar da União: um estudo de caso**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/77961/tratados-internacionais-e-competencia-da-justica-militar-da-uniao-um-estudo-de-caso>. Acesso em 03.04.2020.

evidência (Evidenzkontrolle); b) controle de sustentabilidade ou justificabilidade (Vertretbarkeitskontrolle); c) controle material de intensidade (intensivierten inhaltlichen Kontrolle). O Tribunal deve sempre levar em conta que a Constituição confere ao legislador amplas margens de ação para eleger os bens jurídicos penais e avaliar as medidas adequadas e necessárias para a efetiva proteção desses bens. Porém, uma vez que se ateste que as medidas legislativas adotadas transbordam os limites impostos pela Constituição – o que poderá ser verificado com base no princípio da proporcionalidade como proibição de excesso (Übermassverbot) e como proibição de proteção deficiente (Untermassverbot) –, deverá o Tribunal exercer um rígido controle sobre a atividade legislativa, declarando a inconstitucionalidade de leis penais transgressoras de princípios constitucionais.

2. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. PORTE DE ARMA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE.

A Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento) tipifica o porte de arma como crime de perigo abstrato. De acordo com a lei, constituem crimes as meras condutas de possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo. Nessa espécie de delito, o legislador penal não toma como pressuposto da criminalização a lesão ou o perigo de lesão concreta a determinado bem jurídico. Baseado em dados empíricos, o legislador seleciona grupos ou classes de ações que geralmente levam consigo o indesejado perigo ao bem jurídico. A criação de crimes de perigo abstrato não representa, por si só, comportamento inconstitucional por parte do legislador penal. A tipificação de condutas que geram perigo em abstrato, muitas vezes, acaba sendo a melhor alternativa ou a medida mais eficaz para a proteção de bens jurídico-penais supraindividuais ou de caráter coletivo, como, por exemplo, o meio ambiente, a saúde etc. Portanto, pode o legislador, dentro de suas amplas margens de avaliação e de decisão, definir quais as medidas mais adequadas e necessárias para a efetiva proteção de determinado bem jurídico, o que lhe permite escolher espécies de tipificação próprias de um direito penal preventivo. Apenas a atividade legislativa que, nessa hipótese, transborde os limites da proporcionalidade, poderá ser tachada de inconstitucional.

3. LEGITIMIDADE DA CRIMINALIZAÇÃO DO PORTE DE ARMA.

Há, no contexto empírico legitimador da veiculação da norma, aparente lesividade da conduta, porquanto se tutela a segurança pública (art. 6º e 144, CF) e indiretamente a vida, a liberdade, a integridade física e psíquica do indivíduo etc. Há inequívoco interesse público e social na proscricção da conduta. É que a arma de fogo, diferentemente de outros objetos e artefatos (faca, vidro etc.) tem, inerente à sua natureza, a característica da lesividade. A danosidade é intrínseca ao objeto. A questão, portanto, de possíveis injustiças pontuais, de absoluta ausência de significado lesivo deve ser aferida concretamente e não em linha direta de ilegitimidade normativa. 4. ORDEM DENEGADA (g.n.).

Também ecoa o princípio da proporcionalidade, em sua visão ambivalente, no Superior Tribunal Militar, a exemplo da Apelação n. 0000126-24.2014.7.11.0111, rel. Min. Carlos Augusto de Sousa, j. 27/09/2018:

EMENTA: APELAÇÃO. MPM. ART. 290 DO CPM. PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE POR MILITAR EM ÁREA SUJEITA À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INTENSIDADE DO DOLO.

DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO A QUO. CONTROLE DE LEGALIDADE E DE CONSTITUCIONALIDADE. PROPORCIONALIDADE DA REPRIMENDA. ELEVADA QUANTIDADE. VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO DEFICIENTE. AUSÊNCIA DE DISTINÇÃO ENTRE USUÁRIO E TRAFICANTE. APELO PROCEDENTE. DECISÃO UNÂNIME.

1. Incorre no delito previsto no art. 290 do CPM o militar que for surpreendido portando substância vulgarmente conhecida como maconha, mormente quando o Laudo restar positivo para Cannabis sativa L. incluindo-se o tetrahydrocannabinol (THC), listados na Portaria nº 344/98, Lista E e F2, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

2. As circunstâncias judiciais se mostrarão desfavoráveis, com aptidão para majoração da reprimenda penal em patamar acima do mínimo legal, quando o Acusado fizer ameaças aos companheiros de farda, em razão da personalidade voltada para condutas criminosas, bem como do exacerbado quantitativo da droga encontrado em seu poder - 380 g (trezentos e oitenta gramas).

3. O quantum de aumento da pena, decorrente da avaliação negativa das circunstâncias previstas no artigo 69 do Código Penal Militar, é realizado segundo a discricionariedade regrada do Juiz, após analisar todo o contexto do crime, de modo que deve ser privilegiado o seu entendimento se não for fixada a pena base em patamar nitidamente ínfimo ou, ao contrário, exacerbado, pois não há regras objetivas, critérios matemáticos, tampouco fração indicada na lei para incidir nessa fase.

4. O controle da legalidade e da constitucionalidade justifica a exasperação da pena aplicada quando estiver evidente a desproporcionalidade entre a lesão ao bem jurídico tutelado e a sua reprimenda fixada na Sentença condenatória.

5. Nesta Corte, firmou-se o entendimento de que não se pode vincular a "distribuição de entorpecente no Quartel à quantidade apreendida", porém a pena-base deve ser elevada em razão da quantidade apreendida. Nesse conspecto, o princípio da proporcionalidade, considerado de fundamental importância pelo Poder Judiciário, impõe não só a proibição do excesso, mas também da proteção deficiente. Precedentes do STF.

6. Em que pese o devido tratamento dado por esta Justiça ao "usuário" de substância entorpecente, no tocante ao "traficante", a mesma situação não se observa. Conforme se pode observar do art. 290 do CPM, os atos de "vender, fornecer, ainda que gratuitamente" possuem o mesmo preceito secundário do "trazer consigo, ainda que para uso próprio" e demais verbos. Dessa forma, ausentes circunstâncias judiciais concretas desfavoráveis - que exasperem o próprio tipo penal -, o "traficante" será punido com o mesmo rigor do "usuário".

7. Apelo provido. Unanimidade (g.n.).

Inegável, assim, o fato de o princípio da proporcionalidade possuir essa dupla faceta, vedando o excesso, mas também exigindo uma adequada proteção da sociedade, em uma harmonia que deve ser perseguida em todos os momentos da persecução criminal. A importância do princípio da

proporcionalidade, dessa forma, é exaltada, constituindo-se em fundamental ferramenta limitadora (negativa e positiva) na persecução penal.

Por fim, resta saber se o princípio da proporcionalidade possui assento constitucional e, nesse mister, propícias, novamente, as lições de Bitencourt (2010, p. 54):

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, já exigia expressamente que se observasse a *proporcionalidade* entre a gravidade do crime e a sanção a ser aplicada, *in verbis*: “a lei só deve cominar penas estritamente necessárias e proporcionais ao delito” (art. 15). No entanto, o *princípio da proporcionalidade* é uma consagração do constitucionalismo moderno (embora já fosse reclamado por Beccaria), sendo recepcionado, como acabamos de referir, pela Constituição Federal brasileira, em vários dispositivos, tais como: exigência da individualização da pena (art. 5º, XLVI), proibição de determinadas modalidades de sanções penais (art. 5º, XLVII), admissão de maior rigor para infrações mais graves (art. 5º, XLII, XLIII e XLIV). [...].

Inegável, portanto, a dignidade constitucional do princípio da proporcionalidade, embora não encerrado em um único dispositivo, mas permeando – e, às vezes, fundindo-se – outros princípios como o da individualização da pena, da humanidade, da isonomia etc.

Torneado o princípio da proporcionalidade em sua “via de duas mãos”, resta verificar se os dispositivos do Código Penal Militar, na sua expressão literal, atendem à vedação ao excesso e à proteção deficiente.

4. AVALIAÇÃO CRÍTICA DOS DISPOSITIVOS DO CÓDIGO PENAL MILITAR QUE TRATAM DA FIXAÇÃO DA PENA

Na avaliação da proporcionalidade na aplicação da pena em Direito Penal Militar, destacam-se, inicialmente, os arts. 58, 76, 79 e 80 do Código Penal Militar.

O art. 58 do Código Penal Militar dispõe:

Mínimos e máximos genéricos

Art. 58. O mínimo da pena de reclusão é de um ano, e o máximo de trinta anos; o mínimo da pena de detenção é de trinta dias, e o máximo de dez anos.

Não há grande polêmica no art. 58, tratando apenas de um técnica – nada ortodoxa, ressalte-se – de fixação de limites da pena para cada delito, quando o preceito secundário não trazer esses limites, o que se nota pela rubrica do artigo de “mínimos e máximos genéricos”, não mencionando fixação da pena, unificação e nem cumprimento.

Em outras palavras, o art. 58 do CPM distingue a reclusão da detenção pela estipulação de pena mínima e máxima, marcando a maior gravidade da primeira e dando uma ferramenta de início na aplicação da pena para o juiz (ou conselho de justiça) que será fundamental para limitar o primeiro e o segundo estágios do critério trifásico da aplicação, quando se fixa a pena-base, pelas circunstâncias judiciais (art. 69 do CPM), e a pena alterada, com a incidência das circunstâncias agravantes (arts. 70 e 53, § 2º do CPM) e atenuantes (art. 72 do CPM), momento em que os limites mínimo e máximo devem ser respeitados.

Exemplificativamente, no crime de “Desenho ou levantamento de plano ou planta de local militar ou de engenho de guerra”, do art. 147 do Código Penal Militar, a pena cominada no preceito secundário do tipo penal é de reclusão até 4 anos, não fixando, portanto, a pena mínima. Neste caso, deve-se aplicar o preceito do art. 58 para se chegar à pena mínima de 1 ano de reclusão, dando por limite, portanto, a pena de reclusão de 1 a 4 anos para este delito.

Tranquila esta visão na doutrina.

A iniciar por Ênio Rossetto (2015, p. 124):

Nem sempre o Código Penal Militar comina pena mínima. No crime de furto simples, por exemplo, só há previsão de pena máxima de seis anos de reclusão, e o tempo de pena mínima é extraído do art. 58, no caso, um ano. O mesmo sucede com o delito de divulgação de segredo (art. 228), que tem cominada a pena de detenção até seis meses: o mínimo é de trinta dias.

Também a visão de Jorge César de Assis:

O dispositivo tem aplicação nos tipos penais em que não está prevista a pena mínima, fazendo-o somente com a pena máxima, como o furto simples, p. ex.: Pena – reclusão até seis anos – significa que o juiz não pode fixar a pena abaixo de 01 (um) ano de reclusão.

Tem-se, assim, a limitada aplicação do art. 58, que não afeta diretamente a possibilidade de, por exemplo, uma pena de reclusão ser fixada, em um caso concreto, na terceira fase de aplicação, acima de trinta anos e nem abaixo de um ano. Também

não informa a execução da pena, de maneira que seus limites não são impostos a esse momento.

Pela simplicidade do art. 58 e sua limitada aplicação (direta), não há lesão à proporcionalidade, como aqui se desenhou. Nem mesmo há que se falar em uma proteção deficiente, pois não está vinculado a uma reprovação a determinado delito, o que impede o sopesar entre gravidade de determinada conduta e resposta penal atribuída.

O próximo dispositivo a ser avaliado é o art. 76 do Código Penal Militar:

Majorantes e minorantes

Art. 76. Quando a lei prevê causas especiais de aumento ou diminuição da pena, não fica o juiz adstrito aos limites da pena cominada ao crime, senão apenas aos da espécie de pena aplicável (art. 58).

As majorantes ou minorantes incidem na terceira fase do critério trifásico, ou seja, o juiz já fixou a pena-base com arrimo nas circunstâncias judiciais do art. 69 do CPM, considerou as circunstâncias agravantes do art. 72 e as circunstâncias agravantes próprias do concurso de pessoas do art. 53, § 2º do mesmo Código, assim como as atenuantes do art. 72 do Código Castrense, respeitando os limites fixados no preceito secundário dos tipos penais que, às vezes, são complementados pelo art. 58 do CPM.

Agora, nas majorantes e minorantes, o magistrado não terá mais a amarra dos limites do preceito secundário, ou não teria, pois surge a indevida menção ao art. 58 do CPM, aplicado indiretamente. Pior, na péssima redação do art. 76, há ainda a menção de que elas são causas apenas especiais, afastando as causas gerais de aumento ou diminuição de pena.

Inicie-se a crítica por esta última impropriedade.

Referir-se apenas a causas especiais e não às causas gerais de aumento ou diminuição de pena fere o próprio conceito de majorantes e minorantes. Muito bem leciona Cezar Roberto Bitencourt (2010, p. 671):

Além das agravantes e atenuantes, há outras causas modificativas da pena que o Código denomina *causas de aumento e de diminuição*, também conhecidas como *majorantes e minorantes*. As majorantes e as minorantes são fatores de aumento ou redução da pena, estabelecidos em quantidades fixas (ex.: metade, dobro, triplo, um terço) ou variáveis (ex.: um a dois terços).

[...].

Por outro lado, as majorantes e as minorantes também não se confundem com as agravantes, e as atenuantes genéricas apresentam diferenças fundamentais em, pelo menos, três níveis distintos, a saber:

a) *Em relação à colocação no Código Penal:*

1) As agravantes e as atenuantes genéricas localizam-se somente na Parte Geral do Código Penal (arts. 61, 62, 65 e 66). 2) As majorantes e as minorantes situam-se tanto na Parte Geral quanto na Parte Especial, sendo que delas situam-se nos próprios tipos penais.

[...](g.n.).

Evidentemente, as majorantes e minorantes não podem se limitar à Parte Especial do Código, mas isso não apenas em função das lições doutrinárias, aqui exemplificadas por Bitencourt – que, aliás, referem-se ao Código Penal comum –, mas também em função da necessária observância ao princípio da proporcionalidade, o que se esclarece com um exemplo de minorante, que, certamente, não encontrará resistência por encerrar a vedação ao excesso.

No caso da tentativa, o Código Penal Militar possibilita a punição do fato com a pena correspondente ao crime, diminuída de um a dois terços, embora também possua a discutível previsão de que o juiz, no caso de excepcional gravidade, poderá aplicar a pena do crime consumado (art. 30, parágrafo único, CPM), em sinal de adoção da teoria subjetivo-objetiva a fundamentar a punição da tentativa (NUCCI, 2013, p. 67-8).

Não considerar a tentativa como uma minorante, apenas por estar na Parte Geral do Código Penal Militar, como indica a literalidade do art. 76, é negar a possibilidade de ela permitir, em terceira fase, a aplicação final da pena aquém do limite mínimo fixado no preceito secundário do tipo penal, o que se mostra excessivo, portanto, desproporcional.

Assim, em um crime de furto tentado, onde a primeira e a segunda fases resultassem na fixação da pena mínima, pela aplicação literal do art. 76, não se poderia falar em minorante e a pena definitiva não poderia ficar abaixo de um ano de reclusão, em evidente excesso na resposta penal e, claro, afronta à individualização da pena e à isonomia, como já se sustentou alhures⁴³.

43 NEVES, Cícero Robson Coimbra. Terceira fase da aplicação da pena privativa de liberdade e a inconstitucionalidade dos limites impostos pela parte final do art. 76 do Código Penal Militar. **Revista Justiça Militar & Memória**: Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul, ano 7, n. 9, p. 47-54, ago. 2015. Disponível em: <https://www.tjmrs.jus.br/public/conteudo/projeto_memoria/revista/Revista7/Default.html>.

A outra impropriedade no art. 76, está justamente na assimilação dos limites do art. 58 do CPM para condicionar a influência das majorantes e minorantes, o que se extrai do trecho “senão apenas aos da espécie de pena aplicável (art. 58)”.

Pela literalidade, portanto, ao fixar a pena final, definitiva, o juiz (ou conselho de justiça) não poderia aplicar reclusão aquém de um ano e nem além de trinta anos, como também não poderia aplicar detenção aquém de trinta dias e nem além de dez anos.

Aproveitando o mesmo exemplo da tentativa, em um homicídio simples, na forma tentada, considerando a pena fixada no preceito secundário (reclusão de seis a vinte anos), a pena-base e a pena alterada não poderiam ficar abaixo de seis anos de reclusão, mas também – ainda que se admitisse que o art. 76 abarca as causas de diminuição de pena da Parte Geral, discussão acima travada –, aplicando-se a primeira parte do parágrafo único do art. 30 em conjugação com a parte final do art. 76, não poderia o juiz (ou conselho de justiça), numa tentativa incruenta, reduzir a pena em dois terços e chegar à pena final de dois anos de reclusão.

Em outro exemplo, agora evidenciando o déficit de proteção (proteção deficiente) que essa regra pode conduzir, no crime de violência contra superior com resultado morte (art. 157, § 4º, do CPM), imagine-se que, por mais improvável que possa ser, a pena-base e alterada conduziram a um *quantum* de 30 anos de reclusão, mas ainda seja necessário, em terceira fase, o acréscimo fracionário de um sexto, pelo fato de o crime ter sido praticado em serviço (art. 157, § 5º, do CPM). Neste caso, o juiz (ou conselho de justiça) estaria limitado aos 30 anos, por força da parte final do art. 76 do CPM.

Evidente a lesão ao princípio da proporcionalidade.

Melhor sorte, não teve o dispositivo que trata do concurso de crimes, no art. 79 do CPM:

Concurso de crimes

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

Mais uma vez, a referência imprópria ao art. 58 confunde e, pior, leva à regra desproporcional.

Em um caso, por exemplo, de homicídios em concurso de crimes, em que um militar mata dolosamente três outros militares, colocando uma bomba na viatura que sairá no dia seguinte, fato de que o autor tem ciência por escala de serviço em que a guarnição estava vinculada à viatura, portanto o agente sabia e queria matar o trio, a pena dessa condenação deverá ser única. Essa pena unificada, pela regra da primeira parte do art. 79 do Código Penal Militar, será fruto da soma dos três homicídios (cúmulo material), ou seja, como houve o emprego de explosivo qualificando o delito (art. 205, § 2º, III, do CPM), ainda que atribuindo a pena mínima a cada delito (doze anos), a unificação alcançaria o total de trinta e seis anos de reclusão.

Entretanto, vem a parte final do art. 79 e surpreende com a absurda restrição do art. 58 (“ressalvado o disposto no art. 58”), o que levaria a pena única a ficar no limite de trinta anos de reclusão.

Caso o exemplo não tenha comovido no sentido de evidenciar o déficit de proteção, imagine-se, então, que a bomba tenha sido colocada em um ônibus que, no dia seguinte, levaria 45 militares a um desfile em comemoração ao Dia da Independência.

Evidente que a fixação da pena neste caso não pode conhecer os limites do art. 58 do Código Penal Militar, havendo clara agressão à proporcionalidade.

Na modalidade de crime continuado, por fim, a regra – e também a crítica – é a mesma, pois o art. 80 do CPM, ao tratar do crime continuado, utiliza a mesma unificação de pena do art. 79. Ademais, há corrente que entende aplicável a regra do Código Penal comum. Nesse sentido, Alves-Marreiros, Rocha e Freitas dispõem (2015, p. 912):

Diferentemente do Código Penal brasileiro que acolhe o critério da exasperação nos casos de continuidade delitiva, o Código Penal Militar vale-se do critério do cúmulo material, concedendo, assim, ao crime continuado, o mesmo tratamento destinado aos concursos material e formal de crimes. Tal orientação legal, porém, sempre se deparou com forte resistência da parte do Superior Tribunal Militar. Este tribunal, muito embora com fundamentos diversos, tem repellido ao longo dos anos a aplicação do art. 80 do CPM no que diz respeito ao crime continuado, optando por basear-se no art. 71 do CP comum, a despeito do princípio da especialidade [...].

Os dispositivos acima indicados não tratam, evidentemente, de regra de cumprimento da pena (execução), mas de regra de aplicação da pena, quando da sessão de julgamento.

Claramente, entretanto, tendo por patamar máximo de aplicação de pena o de 30 anos de reclusão, obviamente, o cumprimento da pena nunca será superior a esse tempo. A reboque, os benefícios possíveis na execução penal, especialmente o livramento condicional e progressão de regimes – este, frise-se, aplicado na Justiça Militar da União por construção jurisprudencial e que também sofreu alteração no Direito Penal comum pela nova redação que o Pacote Anticrime deu ao art. 112 da Lei de Execução Penal, abordagem que merece trabalho apartado – serão calculados em relação ao limite máximo encerrado pelo art. 58 do Código Penal Militar, em uma nova afronta à proporcionalidade, desta vez na execução da pena, como verdadeiro ricochete da primeira afronta.

Diante do exposto, até este ponto, conclusão outra não há, senão a necessidade de se reconhecer a não recepção da parte final dos arts. 76 e 79 do Código Penal Militar – com reflexo no art. 80 do mesmo Código –, à luz do princípio da proporcionalidade – que possui assento constitucional, repise-se –, não se aplicando, em consequência, o limite do art. 58 na terceira fase de aplicação da pena, quando da incidência das majorantes e minorantes, e na unificação da pena no concurso de crimes, material e formal, e no crime continuado.

A pena atribuída ao crime, em nome da proporcionalidade, poderá ficar aquém ou além dos limites mínimo e máximo, e os benefícios de execução serão calculados com o parâmetro dessa pena aplicada. Neste ponto, o juiz (ou Conselho de Justiça) sairá da moldura legal, em nome da proporcionalidade, aliás, na linha do que lembra Paulo Bonavides. O autor (2019, p. 407-8), identificando uma nova conformação do Estado de Direito – em oposição a uma ultrapassada concepção de mera vinculação ao princípio da legalidade, cujo apogeu foi o direito positivo da Constituição Weimar –, segundo a qual o princípio da constitucionalidade tornou o respeito aos direitos fundamentais o centro de gravidade da ordem jurídica, indica que o princípio da proporcionalidade “produz uma controvertida ascendência do juiz (executor da justiça material) sobre o legislador, sem chegar todavia a corroer ou abalar o princípio da separação de poderes.

Guarde-se, todavia, que não se discutiu, ainda, o limite para o cumprimento da pena, bem como não se enfrentou se a alteração do Pacote Anticrime trouxe reflexos ao Direito Penal Militar, o que ocorrerá na sequência.

5. O ART. 81 DO CÓDIGO PENAL MILITAR E ART. 75 DO CÓDIGO PENAL COMUM

O Código Penal Militar possui dispositivo que trata do limite de cumprimento da pena?

Esta deve ser a primeira indagação.

A responder essa questão, entra no polêmico art. 81 do CPM, com a regra, pela rubrica, limitadora da pena unificada:

Limite da pena unificada

Art. 81. A pena unificada não pode ultrapassar de trinta anos, se é de reclusão, ou de quinze anos, se é de detenção.

Eis mais uma péssima redação da lei penal militar!

Note-se que, diferentemente do que se tem no Código Penal comum, no já transcrito art. 75, o dispositivo do Código Castrense não fala em cumprimento da pena privativa de liberdade, mas em “limite da pena unificada”, na rubrica, quando melhor seria “limite de cumprimento da pena unificada”.

Entretanto, prevalece a compreensão de que o art. 81 diz respeito à execução penal e não à fixação da pena. Nessa linha está, por exemplo, Ênio Rossetto (2015, p. 388):

A unificação em 30 anos é apenas para efeito de cumprimento de pena. A CF impede a pena de caráter perpétuo (art. 5º, XLVII, b). A pena privativa de liberdade é por tempo determinado. Para a concessão de benefícios legais é levada em conta a pena total aplicada ao condenado. [...].

Segue a mesma linha Jorge César de Assis (2017, p. 352), ao comentar o artigo em análise, sustentando que ele se aplica na fase de execução penal, não no momento da condenação, por exemplo, no concurso de crimes ou no crime continuado. Para o autor:

Há um pressuposto lógico de diversidade de processos, antes do início ou durante o cumprimento da pena, cabendo ao juiz encarregado da execução a unificação das penas (CPPM, art. 588). Exemplos:

a) O militar comete dois crimes de homicídio qualificado, sendo condenado respectivamente, a pena de 18 e 23 anos de reclusão, antes do início da execução. Assim, o total das penas importará em 41 anos de reclusão, que serão unificadas, para serem cumpridas em 30 anos.

b) Suponha agora que o militar tivesse cometido dois crimes de homicídio simples, excluído o concurso e a continuidade delitiva, sendo condenado respectivamente a 07 e 10 anos de reclusão. A pena unificada será de 17 anos.

- c) O militar comete dois crimes de embriaguez em serviço, sendo condenado em cada caso, a dois anos de detenção. Ainda antes do início do cumprimento da pena, comete incêndio culposo, sendo condenado a mais dois anos de detenção. A pena unificada será de 06 anos de detenção.
- d) Se o militar já estiver cumprindo pena de trinta anos de reclusão, vem a cometer novo delito, sendo outra vez condenado, o restante da pena anterior deve ser acrescido à nova pena, de forma a não ultrapassar os trinta anos. Se, dos trinta anos já houvesse cumprido vinte e, se condenado novamente a vinte anos, teria que cumprir a segunda pena de forma integral: $30-20=10+20=30$. Idêntico raciocínio se faz em relação às penas de detenção.

Embora coerente a visão dos autores, não há evidência clara de que o art. 81 não se aplique no momento da condenação à pena privativa de liberdade, restringindo-se ao momento da execução da pena, mas, ao contrário, é possível inferir que ele está a abarcar a aplicação da pena, já que o seu § 1º se refere expressamente ao crime continuado, o que resgata o instante da condenação.

Há um ponto, entretanto, do qual se pode extrair que o art. 81 diz respeito ao cumprimento da pena, embora ainda obscuro, dando respaldo aos autores citados. Ele está na distinção do limite máximo de pena de detenção do art. 58 – replicado na aplicação da pena, como se viu – do limite máximo da detenção aqui, no art. 81. No art. 58, o limite máximo é de 10 anos, enquanto no art. 81 é fixado em 15 anos. Isso leva à conclusão de que os artigos não tratam do mesmo momento, ou não poderiam divergir, sob pena de uma regra invalidar a outra.

Assim, tem-se por premissa que os já discutidos arts. 76 e 79 – e, por arrasto, o art. 80 – são utilizados no momento da aplicação da pena, enquanto o art. 81, embora não deixe claro, aplica-se como limite de cumprimento de pena.

Surge aqui, portanto, a disparidade entre Código Penal Militar e Código Penal comum, que se evidencia no quadro seguinte:

| QUADRO COMPARATIVO DO LIMITE DE CUMPRIMENTO DE PENA | |
|---|--|
| COM | CP |
| <p>Limite da pena unificada</p> <p>Art. 81. A pena unificada não pode ultrapassar de trinta anos, se é de reclusão, ou de quinze anos, se é de detenção.</p> | <p>Limite das penas</p> <p>Art. 75. O tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a 40 (quarenta) anos.</p> <p>§ 1º Quando o agente for condenado a penas privativas de liberdade cuja soma seja superior a 40 (quarenta) anos, devem elas ser</p> |

Além da distinção do tempo máximo, forçoso destacar que no Código Penal Militar, diferentemente do Código Penal comum, há a distribuição pela qualidade de pena, distinguindo-se um tempo para a reclusão (30 anos) e outro para a detenção (15 anos).

Embora seja o exemplo de difícil concepção, imaginando que um condenado a vários crimes à pena de detenção tenha, na pena unificada a ser cumprida, 20 anos. No Direito Penal comum seria possível cumprir os 20 anos, pois o limite é de 40 anos de pena privativa de liberdade (não importando se reclusão ou detenção); no Direito Penal Militar, cumpriria apenas 15 anos, limite máximo para o cumprimento da pena de detenção.

Mas, voltando à discussão sobre a influência do novo art. 75 do CP, é possível vislumbrar três posições:

- a) especialidade do Direito Castrense com limite de 45 anos de cumprimento de pena;
- b) especialidade do Direito Castrense com a manutenção dos limites do art. 81;
- c) revogação tácita do art. 81 do CPM pelo art. 75 do CP.

Na primeira corrente, a base é o raciocínio de Jorge César de Assis (2017, p. 353):

Há que se considerar, entretanto, que o Código de Processo Penal Militar trata a matéria de forma mais severa que a legislação comum, visto que enquanto o Código Penal comum estabelece em seu art. 75, *caput*, que o “tempo de cumprimento das penas privativas de liberdade não pode ser superior a trinta anos (incluindo na unificação tanto a reclusão como a detenção), o código castrense trata, no art. 81, as espécies de reclusão e detenção de forma distinta, estabelecendo limites de 30 e 15 anos na execução, o que permite um total de 45 anos para o cumprimento de penas privativas de liberdade, visto que de acordo com o art. 599 do Código de Processo Penal Militar, se impostas penas privativas de liberdade, será executada primeiro a de reclusão e depois a de detenção”.

O limite de cumprimento de pena, assim, seria o de 45 anos, mas respeitadas as qualidades da pena, ou seja, não seria possível, ainda assim, o cumprimento de reclusão de 40 anos, limitada que está pelo art. 81 aos 30 anos.

A segunda posição, mais simples de explicar, parte do pressuposto de

que o legislador tem suas opções de política criminal em cada sistema de repressão, sendo evidente que, ao não alterar o art. 81 do Código Penal Militar, não trouxe a possibilidade de cumprimento de pena por até 40 anos.

Por fim, qual ocorreu com a Lei de Migração, surgirá a vertente de que a Lei n. 13.964/19, ao alterar o art. 75 do CP, revogou tacitamente o art. 81 do Código Penal Militar, permitido que as penas privativas de liberdade sejam cumpridas até o limite máximo de 40 anos, sem distinção de reclusão ou detenção.

Avaliando as três possibilidades, de pronto, afasta-se a revogação tácita do art. 81 do CPM pela Lei n. 13.964/2019. Embora sedutora, essa possibilidade não encontra respaldo nos postulados do Direito Penal contemporâneo, bastando enumerar dois principais: a especialidade e a vedação à analogia *in malam partem*.

No primeiro caso, é evidente a especialidade do Direito Penal Militar em relação ao Direito Penal comum, pois, desde 1969, a distribuição do limite de cumprimento de pena está atrelada à qualidade de pena, o que não ocorre no Código Penal comum. Assim, especial é a previsão do Código Penal Militar, prevalecendo diante da nova redação do art. 75 do CP.

Não é novidade a prevalência da norma penal militar em relação à comum, em homenagem ao princípio da especialidade, malgrado existam exceções.

No Supremo Tribunal Federal, por exemplo, há a visão corrente sobre o choque do art. 290 do CPM com a Lei n. 11.343/2006, no sentido da prevalência da lei castrense, desde o paradigmático Habeas Corpus n. 103.684/DF, com relatoria do Ministro Ayres Britto, julgado em 21/10/2010, o que se reverbera até a presente data. Em outros temas também há a visão corrente pela especialidade, inclusive no que concerne às penas, como se verifica no seguinte julgado:

PROCESSUAL PENAL MILITAR. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. ESTADO DE NECESSIDADE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. APLICAÇÃO DA LEGISLAÇÃO COMUM. IMPOSSIBILIDADE.

1. As instâncias de origem, soberanas na análise da prova, afastaram a alegação de que o paciente teria agido em estado de necessidade. Nessas condições, eventual acolhimento da pretensão defensiva demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que não é possível na via processualmente restrita do habeas corpus.

2. A orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal é no sentido de, na hipótese de crime de competência da justiça militar, somente a falta de um regramento específico em sentido contrário é que possibilitaria a aplicação da legislação comum”, dada a impossibilidade de se mesclar o regime processual penal comum e o regime processual penal especificamente militar, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles, pena de incidência em postura hermenêutica tipificadora de hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis” (HC 105.925, Rel. Min. Ayres Britto). Caso em que a existência de regramento específico no âmbito da legislação militar (art. 59 do CPM) impossibilita o acolhimento da tese veiculada na impetração.

3. Agravo regimental a que se nega provimento (STF, 1ª Turma, AgR HC n. 158.263/PA, rel. Min. Roberto Barroso, j. 06/11/2018) (g.n.).

Assim, apenas quando não houver regramento próprio no Código Penal Militar – seja pela pura omissão ou pela evidente inconstitucionalidade do dispositivo existente – é que se deve buscar a norma de Direito Penal comum a integrar o Direito Castrense.

O outro evidente limite à tese da revogação tácita está na vedação à analogia *in malam partem*.

A analogia consiste em um processo de integração da lei penal no qual há a criação de uma norma penal onde, originariamente, não existe – frise-se, que não é o caso da discussão em curso, por existir o art. 81 do COM –, isso com base em uma previsão análoga do próprio sistema em curso, ou de um sistema exógeno, podendo até mesmo ser estrangeiro. A analogia, como se sabe, não pode ser admitida *in malam partem*, mas apenas *in bonam partem*, ou seja, não se deve utilizar da analogia para piorar a situação do imputado, investigado, indiciado, réu ou condenado.

Assim, elevar o cumprimento de pena para 40 anos no Código Penal Militar, com base no art. 75 do CPM não é possível, seja pela observância à especialidade, ao se considerar que o art. 81 possui regra própria, seja – em não se considerando o art. 81 como regra de cumprimento de pena – por vedação à analogia *in malam partem*.

Restam, assim, as duas correntes que prestigiam o Direito Castrense.

A visão suscitada por Jorge César de Assis, não parece adequada, com o devido respeito.

Em primeiro lugar, o art. 599 do Código de Processo Penal Militar não está a cancelar, com seu texto, o tempo de cumprimento de 45 anos, mas apenas atribui uma ordem de cumprimento das penas, que deve ser iniciada pela mais rígida. Em segundo lugar, mas não menos importante, o limite de

cumprimento trata de norma de direito material e não processual, devendo prevalecer, em eventual choque, a norma que encerra um direito público subjetivo do condenado, ou seja, o art. 81 do Código Penal Militar.

Como argumento adicional, embora o art. 75 do CP não tenha revogado o CPM, parece correto entender que ele estabeleceu uma nova realidade no Direito Penal brasileiro como um todo, qual seja, a de fixar um limite máximo de pena no Brasil sem que isso importe em similar pena de caráter perpétuo. Resgatando as lições de Renee do Ó Souza e Caroline de Assis e Silva Holmes Lins (2020, p. 17), se o limite máximo legal, em alguma medida, regulamenta a proibição de penas de caráter perpétuo, prevista no art. 5º, inciso XLVIII, alínea *b*, da Constituição da República, diante do aumento de expectativa de vida do brasileiro, é coerente entender que esse limite informa a todo o direito penal como limite máximo possível a ser previsto pelas normas de Direito Penal em geral, consagrando-se, aqui, um efeito expansivo na tutela do direito na não perecer no cárcere por toda uma vida, em homenagem ao princípio da máxima efetividade.

Tem-se, assim, que a lei penal brasileira, ainda que especial, como o é o Código Penal Militar, poderá fixar, por questões de política criminal, entre outras, limite de cumprimento de pena aquém de 40 anos, mas nunca além desse parâmetro.

Assim, embora o peso da pena de quem a defende, descarta-se a possibilidade de tempo máximo de cumprimento de pena em 45 anos no Direito Militar.

Todo esse giro conduz, então, à visão que exalta a manutenção da regra específica do art. 81 do Código Penal Militar, podendo-se afirmar, que o tempo máximo de cumprimento de pena na execução penal militar é de 30 anos para reclusão e de 15 anos para detenção. O novo art. 75 do Código Penal comum não alterou a realidade do Direito Castrense, senão para servir de parâmetro para futura alteração, isso, frise-se, não só no Direito Penal Militar, mas no Direito Penal brasileiro.

Mas há que se fazer uma observação prática sobre esta discussão, em dois lances.

Primeiro, raríssimas são as condenações na Justiça Militar, especialmente da União, que ultrapassem 30 anos de reclusão ou 10 de detenção, daí surgindo, talvez, a pouca reflexão sobre o tema.

Segundo, no Direito Militar o cumprimento da pena do civil – obviamente

na Justiça Militar da União – ocorre em estabelecimento penal comum, nos termos do art. 62 do Código Penal Militar, o que possibilita, ao menos em tese, que o juiz da execução criminal – na Justiça Comum – siga a regra do art. 75 do CP, em eventual unificação de pena. O mesmo pode acontecer com o ex-militar que tenha a execução da pena já como civil, em função da perda da condição de militar por qualquer via, como o licenciamento.

5. CONCLUSÃO

A aplicação da pena e sua execução são estágios sensíveis da persecução criminal, onde se deve ter em conta a proporcionalidade da resposta penal, de modo a constituí-la em adequada, sem configurar excesso ou déficit de proteção.

Nesse caminho, os dispositivos do Código Penal Militar que tratam da aplicação da pena, especialmente os arts. 76 e 79, ao vincularem o magistrado aos limites do art. 58 do mesmo Código, importam em uma amarra que fará com que a sentença, muitas vezes avilte o princípio da proporcionalidade, seja fomentando o excesso – como no caso da tentativa –, seja importando em resposta insuficiente à gravidade do delito – como no caso da unificação da pena no concurso de crimes.

Esses dispositivos, em conclusão, foram recepcionados em parte pela Constituição Federal – afastando-se os limites do art. 58 do CPM –, à luz do princípio da proporcionalidade, que reflete outros vetores de suma importância, como o princípio da individualização da pena e da isonomia, e, até mesmo, o fundamento republicano da dignidade da pessoa humana.

Em outro caminho, tem-se que o Código Penal Militar possui regra própria para o cumprimento da pena em seu art. 81, de maneira que a nova redação do art. 75 do Código Penal comum não importou em revogação da norma penal militar. Assim, o limite para o cumprimento da pena de reclusão continua a ser de 30 anos e de detenção 15 anos.

O único efeito enxergado no novo art. 75 do CP é de constituir um parâmetro regulatório para a vedação à pena de caráter perpétuo no Direito Penal brasileiro, o que inclui o Direito Penal Militar, valendo dizer que em eventual futura alteração do Código Penal Militar o limite de cumprimento de pena privativa de liberdade deverá ser, no máximo, de 40 anos.

Estas impressões, obviamente, não estão imunes a críticas que,

inclusive, serão muito bem-vindas, com o fito de aprimorar o raciocínio e fazer com que o Direito Castrense seja cada vez mais fiel ao seu propósito de tutelar os bens jurídicos mais caros aos indivíduos que integram as Instituições Militares, a essas Instituições, à Justiça Militar e ao Brasil.

REFERÊNCIAS

- ALVES-MARREIROS, Adriano; ROCHA, Guilherme; FREITAS, Ricardo. Direito Penal Militar: **Teoria Crítica & Prática**. São Paulo: Método, 2015.
- ASSIS, Jorge Cesar de. **Comentários ao Código Penal Militar**. Curitiba: Juruá, 2017.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2010, v. 1.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2019.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de Direito Penal – Parte Geral**. Salvador: Jus Podivm, 2020.
- CUNHA, Rogério Sanches. **Pacote Anticrime**. Salvador: Jus Podivm, 2020.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal: parte geral**. São Paulo: Forense, 2004.
- MARTINS, Flávio. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. **Manual de direito penal**. São Paulo: Atlas, 2008, v. 1.
- NEVES, Cícero Robson Coimbra. Terceira fase da aplicação da pena privativa de liberdade e a inconstitucionalidade dos limites impostos pela parte final do art. 76 do Código Penal Militar. **Revista Justiça Militar & Memória: Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul**, ano 7, n. 9, p. 47-54, ago. 2015. Disponível em: https://www.tjmrs.jus.br/public/conteudo/projeto_memoria/revista/Revista7/Default.html
- NUCCI, Guilherme de Souza. **Código Penal Militar comentado**. São Paulo: RT, 2013.
- ROSSETTO, Ênio Luiz. **Código Penal Militar comentado**. São Paulo: RT, 2015.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. **A moderna teoria do fato punível**. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SOUZA, Renee do Ó; LINS, Caroline de Assis e Silva Holmes. A Lei 13.964/2019 e as modificações no Código Penal. **Lei Anticrime**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2020.

STREIFINGER, Marcello. O Tribunal do Júri na Justiça Militar do Estado. **Direito militar: doutrina e aplicações**. Rio de Janeiro, Elsevier, 2011.

TELES, Fernando Hugo Miranda. **Tratados internacionais e competência da Justiça Militar da União: um estudo de caso**. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/77961/tratados-internacionais-e-competencia-da-justica-militar-da-uniao-um-estudo-de-caso> . Acesso em 03.04.2020.

**HIERARQUIA, DISCIPLINA, CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E
ORDENAMENTO JURÍDICO ATUAL: NATUREZA JURÍDICA E
FUNDAMENTOS PARA PREVISÃO E ESPECIFICIDADES DO DIREITO
MILITAR**

***HIERARCHY, DISCIPLINE, BRAZILIAN CONSTITUTIONS AND CURRENT
LEGAL SYSTEM: LEGAL NATURE AND GROUNDS FOR PRESENCE AND
SPECIFICITIES OF MILITARY LAW***

54

Adriano Alves-Marreiros⁴⁴

Júlio César de Aguiar⁴⁵

Resumo: Existem muitas colocações de operadores de direito questionando restrições aos direitos dos militares e especificidades do Direito Militar em razão de uma alegada arbitrariedade desses institutos presentes na Constituição e aplicáveis aos militares federais, estaduais e distritais. A hierarquia e a disciplina, no entanto, mais do que bases institucionais das forças militares, são garantias individuais e para a sociedade, como já se formulava nas declarações do século XVIII que deram início à Democracia moderna. A importância dessas garantias é reforçada por sua presença em todas as constituições brasileiras e no direito internacional público — tratados, pactos e convenções — que admitem, expressamente, as restrições aos direitos dos militares, as especificidades do Direito Militar, reconhecendo tal necessidade para garantir o interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias.

Palavras-chave: Hierarquia e disciplina. Militares. Garantias individuais. Sociedade. Liberdades.

Abstract: *There are many opinions of law operators, criticizing restrictions made on military personnel's rights and about specificities based in a supposed arbitrariness of hierarchy and discipline that are previewed in Constitution and applicable to the state and federal military personnel. Hierarchy and discipline, however, are more than simply institutional bases of the*

⁴⁴ Possui graduação em Bacharel em Ciências Militares-Infantaria pela ACADEMIA MILITAR DAS AGULHAS NEGRAS (AMAN) (1991) e graduação em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (1996). É Especialista em Direito Penal Militar e processo Penal Militar pela Unileya. Mestre em Direito pela Universidade Católica de Brasília. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Penal Militar. Foi membro do Conselho Editorial da Escola Superior do MPU e é Coordenador do Conselho Editorial do MPM. Autor da obra Hierarquia e Disciplina são garantias Constitucionais: Fundamentos para a diferenciação do Direito Militar, da Editora E.D.A. (2020) e coautor da obra Direito Penal Militar-Teoria Crítica e Prática, da Editora Método. <http://lattes.cnpq.br/9890797677989964>

⁴⁵ Bacharel em Direito e mestre em Filosofia pela Universidade Federal de Goiás. Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina e PhD in Law pela University of Aberdeen, UK. Professor da Escola de Políticas Públicas e Governo da Fundação Getúlio Vargas em Brasília. Procurador da Fazenda Nacional, atuando na Consultoria de Assuntos Financeiros do Ministério da Fazenda. Seus interesses acadêmicos atuais concentram-se nos seguintes temas: Direito como Sistema de Práticas Culturais, Análise Comportamental do Direito, Análise Econômica do Direito, Direito como Sistema Complexo Evolutivo, Sociologia da Ciência do Direito, Filosofia do Direito, Hermenêutica e Argumentação Jurídica, Direito como Comportamento Verbal, Direito como Sistema Social Autopoiético, Sistemas Sociais, Pensamento Social de Niklas Luhmann. <http://lattes.cnpq.br/7152243130773982>. Artigo baseado no primeiro capítulo da Dissertação de Mestrado de Adriano Alves-Marreiros, orientado pelo Prof. Dr. Júlio César de Aguiar e que deu origem ao livro Hierarquia e Disciplina são garantias Constitucionais: Fundamentos para a diferenciação do Direito Militar da Editora E.D.A.

military forces, they are individual guarantees and for the society as already stated in the declarations of 18th century that gave rise to modern Democracy. The importance of these guarantees is reinforced by their presence in all Brazilian constitutions and international public law – treaties, pacts and conventions – which expressly allow restrictions on the rights of the military personnel, the specificities of Military Law, recognizing such a need to safeguard the interests of national security, or public order, or to protect the rights and freedoms of people.

Keywords: Hierarchy and Discipline. Military personnel. Individual guarantees. Society. Liberties.

1. INTRODUÇÃO

É muito comum que vejamos afirmativas de operadores do direito no sentido de que certas restrições aos militares seriam inconstitucionais, arbitrárias, abusivas, vez que a hierarquia e a disciplina, segundo eles, não deveriam ser argumento suficiente para afastar certos direitos nem a aplicação de certos benefícios no âmbito do Direito àqueles profissionais. Tais afirmativas contém, na verdade, um contrassenso em seu cerne, vez que seriam justamente a arbitrariedade e o abuso que estariam mais garantidos, se não houvesse essas restrições.

No presente artigo começamos a demonstrar que, mais que as “bases institucionais” das Forças Armadas e das forças militares estaduais, hierarquia e disciplina são garantias individuais e para a sociedade como um todo.

Essa expressão “bases institucionais” é consagrada e repetida ao longo dos tempos mas não explica, em seu sentido mais pleno, toda a relevância jurídica da hierarquia e da disciplina: a ponto de constar em todas as Constituições que o Brasil teve.

Delimitamos este trabalho no tempo. É a Democracia moderna que nos interessa, pois é a base da que praticamos hoje, a qual tem suas bases históricas e filosóficas no século XVIII. Ideais de liberdade eram disseminados de um lado a outro do Atlântico e, na América, ao menos no campo das ideias, tiveram sua maior expressão na luta pela independência das 13 colônias britânicas: a Independência dos Estados Unidos da América.

A partir de documentos produzidos nesse processo, começamos a analisar fundamentos históricos que revelam a hierarquia e a disciplina em sua natureza de garantias individuais e para a sociedade.

Partindo, então, desse limite temporal, passamos pelas já mencionadas Constituições brasileiras, que não foram poucas, e terminamos por analisar o ordenamento jurídico brasileiro atual e o Direito Internacional Público, demonstrando serem ambos também reconhecedores e ratificadores da

natureza de garantias individuais e para a sociedade que a hierarquia e a disciplina possuem, justificando algumas restrições legais aos direitos dos militares e especificidades do Direito Militar existentes no ordenamento jurídico brasileiro.

2. HIERARQUIA, DISCIPLINA E ÍNDOLE DO DIREITO MILITAR

Para tratarmos do objeto do nosso artigo, faz-se necessário, primeiramente, definir hierarquia e disciplina e tratarmos da índole do Direito Militar.

2.1. CONCEITO LEGAL DE HIERARQUIA E DISCIPLINA

Poderíamos ter a pretensão de tentar definir doutrinariamente o que seriam a hierarquia e a disciplina. No entanto, o objeto deste trabalho não é esse, mas sim o de começar a fundamentar, neste caso sob um prisma histórico, evolutivo e de direito positivado, certas restrições aos militares e peculiaridades próprias do Direito Militar.

Se as restrições e peculiaridades mencionadas se fundamentam na hierarquia e disciplina conforme adotadas em nosso ordenamento jurídico e considerando que suas definições legais existem e pouco se diferenciam do que a doutrina e a filosofia poderiam propor, optamos por adotar a definição existente no Estatuto dos Militares, que embora aplicável aos militares estaduais, sempre serviu de referência, como outros diplomas militares federais, para as normas dos Estados.

Rocha (2015) menciona o conceito legal de hierarquia citando o Estatuto dos Militares ao afirmar que as normas penais incriminadoras ou não incriminadoras que versam sobre crimes praticados por superior ou contra ele são exemplos de normas penais em branco que necessitam do conceito de superior que pressupõe a hierarquia militar cujo conceito está no artigo 14, §1º, da norma citada:

Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º. A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O

Como se pode comprovar, o legislador optou por definir em lei o conceito de hierarquia que, por esse motivo, será o adotado no presente estudo. Vale frisar que o comentário do autor acaba por ressaltar a importância do citado conceito, mostrando que ele é a base de normas penais, inclusive tipos. Tal conceito está intimamente ligado, em complementaridade, ao de disciplina.

Lacava Filho (2018) cita o conceito de disciplina presente no §2º do mesmo dispositivo legal lembrando que a disciplina fora muito valorizada pelo exército romano mas que fora bastante esquecida até os princípios da formação do Estado Moderno. O autor menciona Cárpenter (1914), o qual lembra que foi a necessidade de tropas permanentes que determinou a exigência, já no Estado Absolutista e, posteriormente, na conformação do Estado Moderno, de restabelecer o culto à disciplina.

É justamente por tal motivo, e principalmente para justificar a importância de tais institutos na Democracia Moderna, surgida no Estado Moderno, que delimitamos nosso trabalho no tempo até o século XVIII. Note-se a importância da disciplina quando se começa a adotar, novamente, os exércitos permanentes, modelo que perdura até hoje, inclusive no Brasil.

O conceito legal de disciplina mencionado, como destacamos, por Lacava Filho (2018), está no §2º do mesmo artigo citado acima, do Estatuto dos Militares:

Art. 14. [...]

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo. (BRASIL, 1980)

Entendemos ser claro o conceito, o qual adotaremos doravante, fazendo, como dissemos, a opção pelo positivado em Lei, já que essa positivação existe e está em pleno vigor⁴⁶.

⁴⁶ O artigo “Conceito de direito adquirido: cláusula pétrea infraconstitucional” – de Adriano Alves-Marreiros, publicado na Revista Direito Militar, v.4, n.22, p. 23-24 na edição mar/abr de 2000— busca demonstrar que mudar o conceito de direito adquirido existente na época em que se escreveu e promulgou a Constituição permitiria transformar tal garantia em letra morta, pois um novo conceito legal poderia ter sentido completamente diverso e assim se permitiria burlar a norma, desvirtuando o próprio conceito de cláusula pétrea. Parece-nos que a definição

Finalizando o capítulo, parece-nos essencial destacar que existe um terceiro parágrafo nesse artigo citado do Estatuto dos Militares, que ratifica, ainda mais, todo o relevo da hierarquia e disciplina e, mais que isso, delimita, ou melhor, deixa bem clara, a amplitude da sua aplicabilidade nos termos da Lei:

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

Hierarquia, disciplina e conceitos como superior e inferior hierárquicos, desacato, desrespeito e outros tantos, com base nesse artigo, prevalecem em qualquer situação, ainda que não se esteja em local sob administração militar, em serviço e mesmo que não haja propriamente uma motivação militar para o ato⁴⁷.

Em síntese: tal é a importância dessas duas garantias, que a própria Lei determina que elas sejam respeitadas em qualquer situação.

2.2. ÍNDOLE DO DIREITO MILITAR

A expressão índole do direito militar está positivada no Código de Processo Penal Militar (BRASIL, 1969):

Suprimento dos casos omissos

Art. 3º Os casos omissos neste Código serão supridos:

a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar

infraconstitucional de hierarquia e disciplina ganha contornos, se não de cláusula pétrea, ao menos de ser materialmente constitucional, vez que, permitindo-se adotar um diverso do existente à época do texto original da CF, poder-se-ia distorcer totalmente o sentido do texto constitucional.

⁴⁷ Faz-se uma pequena exceção no que tange aos crimes militares contra superior e inferior no caso do casal de militares, como explicado por Alves-Marreiros (2015) no artigo “Crime Militar praticado por um cônjuge contra o outro, sendo ambos militares. Discussão sobre família, proteção da mulher e Lei Maria da Penha”. Vale, pois, dizer que tal exceção não é com fundamentos doutrinários nem ideológicos, mas com base em artigo exposto da CF (artigo. 226, §5º) que impede hierarquia dentro no casal na relação doméstica, embora não impeça que o crime tenha natureza militar.

Essa presença é mais uma prova da relevância dada à hierarquia e à disciplina que são, justamente, os principais institutos que caracterizam essa índole. Note-se que não ferir essa índole é algo que tem sido respeitado no Congresso Nacional e até mesmo em cortes que costumam fazer certas restrições à justiça militar. Vejamos, primeiro, um comentário sobre as razões da inserção de artigo vedando a aplicação da lei 9.099 na Justiça Militar:

A *ratio* legislativa que levou à criação da Lei 9.839/1999, visava a proteger os princípios da hierarquia e disciplina que poderiam ser maculados pela medida despenalizadora, de forma que a transação penal poderia colocar em risco a disciplina militar e, na hipótese de representação (lesão corporal dolosa e lesão corporal culposa), não se ajustava a hierarquia militar, podendo levar a impunidade, visto que se um militar fosse vítima de um desses delitos jamais representaria contra o ofensor. Desse modo, o objetivo da Lei 9.839 foi excluir do âmbito da justiça militar os institutos característicos da chamada justiça criminal consensual. No entanto, o mesmo raciocínio não pode servir para afastar da justiça militar o instituto da suspensão processual, porque embora formalmente inserida na Lei 9.099, sua incidência não está restrita às infrações de menor potencial ofensivo, projetando seus efeitos para fora da Lei dos Juizados, de forma a aplicar-se a todos os crimes previstos na legislação penal comum e até àqueles inseridos nas legislações extravagantes. Pensamento contrário entraria em rota de colisão com a vontade da própria lei, porque não permite que as finalidades da suspensão processual sejam alcançadas, tais como: evitar a aplicação de penas de curta duração, reparação do dano, desburocratização da justiça etc...⁴⁸

Agora, vejamos a matéria do *síte* do STM sobre a decisão daquela Suprema Corte sobre a inaplicabilidade da nova lei de drogas e da insignificância nesse assunto no âmbito militar:

“Quinta-feira, 11 de novembro de 2010

STF reafirma que insignificância não se aplica a porte de drogas em estabelecimento militar

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) reafirmou seu entendimento de que a posse de reduzida quantidade de substância entorpecente por militar, em unidade sob administração castrense, não permite a aplicação do chamado princípio da insignificância penal. A decisão foi tomada no julgamento do *habeas corpus* (HC) 94685, ajuizado na Corte em favor de um ex-soldado do exército, condenado a um ano de prisão pelo porte de 3,8 gramas de maconha no quartel em que cumpria serviço militar obrigatório.

⁴⁸ O texto pode ser encontrado em documento da Corregedoria-Geral da Justiça do Mato Grosso em: <<https://www.yumpu.com/pt/document/view/12928152/untitled-poder-judiciario-do-estado-de-mato-grosso/95>> e está atribuído a Gilson Vasco, Advogado do Rio de Janeiro. Constava, sem autoria, do site do CESDIM, que já não é mais acessível. O CESDIM teve participação ativa na defesa de tal dispositivo.

Os ministros confirmaram, nesta tarde (11), a decisão tomada pelo Plenário em 21 de outubro deste ano, no julgamento do HC 103684, que tratava do mesmo tema. Na oportunidade, por maioria de votos, **os ministros entenderam que seria inaplicável a tese da insignificância no âmbito das relações militares. E ainda que a legislação especial – o Código Penal Militar – prevalece sobre a lei comum, a nova lei de tóxicos (Lei 11.343/2006). Para os ministros, as relações militares são dominadas pela disciplina e hierarquia.**

No início do julgamento do HC 94685, em outubro de 2008, a relatora do caso, *Min. Ellen Gracie*, considerou que **o porte de droga, mesmo que para consumo pessoal, é prejudicial e perigoso nas Forças Armadas. A Ministra entendeu, na ocasião, que um julgamento favorável ao réu poderia fragilizar as instituições militares e lembrou que a Lei de Tóxicos não revogou o art. 290, do CPM**, que trata do uso, porte ou tráfico de entorpecentes em lugar sujeito à administração militar.

No julgamento do HC 94685, ficou vencido apenas o Min. (aposentado) Eros Grau.

Note-se que existe uma coerência entre ambos: hierarquia e disciplina poderiam ser maculadas, o temor reverencial poderia determinar impunidade, as drogas em lugar sujeito a administração militar é algo perigoso que pode fragilizar as instituições militares. Chega-se a mencionar na decisão os riscos relativos a armas, vidas e afins que ficariam exacerbados. Percebe-se que é plenamente reconhecida uma índole no Direito Militar que justifica um tratamento diferente do comum.

Ainda sobre a índole do Direito Penal Militar, Vasquez (1948) afirma:

El Derecho Penal Común se elabora con la concurrencia de dos elementos: el filosófico y el histórico, tendiendo a aproximarse al ideal de justicia concebido en cada época y, en cambio, el Derecho Militar se sustrae a esas corrientes porque su objeto se limita a la defensa eficaz de la colectividad mediante la conservación de la disciplina dentro del ejército, por lo que ha llegado a decirse que la ley castrense es una ley de salud pública que descansa sobre la necesidad social. Es decir, que la ley común es cambiante porque tiene la fisonomía que le imprime la escuela filosófica en cuyos principios se orienta y la militar tiene un perfil constante porque encuentra su base en el principio de la defensa del Estado contra enemigos interiores y exteriores, que requiere el mantenimiento estricto de la disciplina en el ejército

O autor reconhece, pois, uma índole no Direito Penal Militar que não está presente no comum e que é determinada por se destinar à manutenção estrita da disciplina, pela necessidade social, e que isso é motivo para uma maior permanência do direito penal militar face a um direito penal comum mais mutante. Essa permanência vai ser demonstrada mais adiante neste artigo, em especial ao tratarmos das várias constituições brasileiras que valorizam a

hierarquia e a disciplina. Aliás, se vamos falar em permanência, temos que falar na atualidade do texto citado apesar de escrito em 1948.

Em artigo escrito acerca de uma possível extinção da parte geral do CPM caso se mantivesse a nova redação, ALVES-MARREIROS (2012) aprofundou mais a questão da índole. Tratou, dentre outras coisas, das peculiaridades existentes no CPM, das quais podemos destacar a necessidade de submeter, por regra geral, os militares estrangeiros à lei penal militar brasileira, a equiparação do militar da reserva ou reformado empregado na administração militar ao da ativa, quando este estiver contratado para emprego da administração militar, a ampliação do conceito de superior para abranger quem é do mesmo nível hierárquico mas exerce autoridade sobre outro em virtude da função e a modalidade de estado de necessidade – chamada por Rocha (2015) de Estado de Necessidade Coativo – que permite o uso de meios violentos pelo comandante para evitar, dentre outras coisas, desânimo, terror, desordem, revolta, rendição, saque, enfim, para evitar que a quebra da disciplina leve ao caos e à desgraça para a tropa e para os civis. Há outros que tratam de peculiaridades como atuação no exterior, diferenças no tratamento dos crimes em tempo de guerra, vedação à exclusão de culpabilidade por coação, que só é considerada irresistível quando física, pois a moral seria suplantada pelo dever militar. Vários outros exemplos existem.

Se formos ao Direito Constitucional Trabalhista, veremos que a CF expressamente veda a sindicalização e a greve aos militares e determina que direitos trabalhistas são aplicáveis, não determinando a aplicação aos militares de direitos como a remuneração do trabalho noturno superior ao diurno, limite diário e semanal de horas de trabalho, remuneração maior de serviço extraordinário, etc. Tudo ligado à essência da profissão militar cuja atuação nem sempre pode parar, nem sempre permite descanso, estando o militar sempre disponível para pronto emprego e vedando a descontinuidade da atuação, a omissão desta e a indisciplina que seria gerada por uma atuação sindical (esta última por vezes burlada, o que, no entanto, não será objeto deste artigo).

No Direito Administrativo Constitucional temos o exemplo da vedação ao *habeas corpus* em transgressões disciplinares⁴⁹ e a permissão para prisão sem ordem judicial nas transgressões disciplinares, a fim de garantir a pronta

⁴⁹ Vale dizer que tem prevalecido a interpretação de que cabe apenas quanto aos elementos vinculados do ato administrativo, o que impede a maioria das concessões.

intervenção para evitar a quebra da hierarquia e disciplina e servir de exemplo para os demais.

No Direito Processual Penal Constitucional temos o exemplo da permissão da prisão processual sem ordem judicial nem flagrante nos casos de crimes propriamente militares. No entanto, os direitos processuais dos indiciados e réus submetidos à Justiça militar são os mesmos dos demais réus.

Até no Direito Previdenciário Constitucional se percebe a diferença que é o reconhecimento de uma índole própria que leva em conta, segundo sempre se argumentou, e se argumenta em tempos de reforma da previdência: as vedações de direitos trabalhistas, a necessidade de vigor e preparo físicos, as constantes transferências e a necessidade de renovação da tropa, dentre outros.

Enfim, os assuntos se interpenetram, mas esses foram exemplos que bem demonstram a existência e o reconhecimento de uma índole do Direito Militar em geral, baseado na hierarquia, na disciplina e nas peculiaridades da profissão e da atuação militares.

Essa índole, pois, será ainda mais evidenciada quando analisarmos, mais à frente, o ordenamento jurídico em vigor.

3. ORIGEM HISTÓRICA DA NATUREZA JURÍDICA DE GARANTIAS NA DEMOCRACIA MODERNA

Como dissemos *supra*, trataremos dessa origem partindo do nascedouro da Democracia Moderna: o século XVIII. Dentro desse século, focaremos no processo de Independência das 13 Colônias que deram origem aos Estados Unidos da América.

A Declaração de Direito do Bom Povo de Virgínia é historicamente marcante porque dispôs que todo ser humano é titular do direito à vida, o direito à liberdade, o direito à busca da felicidade e o direito de resistência. São justamente esses direitos que ficam garantidos por meio do controle do braço armado do Estado. É essa mesma declaração que consagra, em um de seus tópicos

XIII - Que uma milícia bem regulamentada e integrada por pessoas adestradas nas armas, constitui defesa natural e segura de um Estado livre; que deveriam ser evitados, em tempos de paz, como perigosos para a liberdade, os exércitos permanentes; e que, **em todo caso, as forças**

Hoje é praticamente inviável deixar de ter exércitos permanentes e, por isso, mesmo, o cuidado deve ser ainda melhor. Note-se que o dispositivo exige a subordinação ao poder civil e que as tropas estejam sob o comando deste. Basta lembrar que, mais de 200 anos depois, a Constituição brasileira ainda consagra o Presidente da República como Chefe Supremo das Forças Armadas, como acontece nos mais diversos países, inclusive os Estados Unidos da América, de onde se origina aquela declaração.

Não obstante, para se garantir essa subordinação, esse comando, esse controle efetivo sobre o braço armado do Estado, há necessidade de que se reconheça a autoridade em níveis diferentes e o acatamento à sequência de autoridade até seu chefe supremo: isso é a definição mesma de hierarquia. Por outro lado, para evitar que tudo isso seja violado e que a milícia armada estatal se volte contra o povo e seus representantes, há que haver a observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas, o cumprimento do dever por parte dos militares, o que é a própria definição de disciplina. Assim, a Declaração do Bom Povo de Virgínia, já em 1776, consagrava a importância dessas duas garantias implicitamente mencionadas e mostrava o perigo proporcionado pelas consequências de sua quebra.

No mesmo ano, a Declaração de Independência dos Estados Unidos da América priorizou dois grandes temas: direitos individuais e o direito de revolução. Seu conteúdo era tido como tão essencial, tão evidente, que ficou consagrada sua famosa frase: “Consideramos estas verdades como autoevidentes, que todos os homens são criados iguais, que são dotados pelo Criador de certos direitos inalienáveis, que entre estes são vida, liberdade e busca da felicidade.”

A declaração começa com uma exposição de motivos em que afirma que a prudência levaria a não mudar governos instituídos há muito por ‘motivos leves e passageiros’, mas passa, em seguida, a justificar o rompimento com base em uma longa lista de “abusos e usurpações”. Dentre esses, cometidos pelo Rei da

⁵⁰ In Textos Básicos sobre Derechos Humanos. Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido por Marcus Cláudio Acqua Viva, do espanhol.

Inglaterra, e que visariam ao estabelecimento da tirania absoluta sobre as 13 colônias, podemos destacar neste nosso estudo:

Manteve entre nós, em tempo de paz, exércitos permanentes sem o consentimento dos nossos corpos legislativos.

Tentou tornar o militar independente do poder civil e a ele superior.

[...] para aquartelar grandes corpos de tropas entre nós;

[...] Abdicou do governo aqui por declarar-nos fora de sua protecção e fazendo-nos guerra.

Saqueou os nossos mares, devastou as nossas costas, incendiou as nossas cidades e destruiu a vida do nosso povo.

Está, agora mesmo, a transportar grandes exércitos de mercenários estrangeiros para completar a obra de morte, desolação e tirania, já iniciada em circunstâncias de crueldade e perfídia raramente igualadas nas idades mais bárbaras e totalmente indignas do chefe de uma nação civilizada.

Obrigou os nossos concidadãos aprisionados no mar alto a tomarem armas contra a própria pátria, para que se tornassem algozes dos amigos e irmãos ou para que caíssem em suas mãos.

A leitura deixa evidente que o braço armado do Estado voltado contra o povo causou grande opressão. Dessas razões destacamos que o Rei tentara tornar o militar independente do poder civil e a ele superior, justamente o que fora questionado na declaração de Virgínia e o que, nos dias de hoje, só é evitado com o controle civil sobre o braço armado do Estado, o que exige a submissão dos militares à hierarquia e à disciplina.

Bem antes da Revolução Francesa já se antecipavam os princípios da Era contemporânea, como se o século XIX já começasse na esfera político ideológica.

No que tange à hierarquia e à disciplina, parece-nos que outro grande momento registrado é aquele contido nas palavras de Clemenceau que, na condição de Primeiro Ministro da França, negociou o Tratado de Versalhes. Bierrenbach (2011) relata:

Ao negociar o Tratado de Versalhes, em 1919, no final da Primeira Grande Guerra, Georges Clémenceau foi categórico: 'Assim como há uma sociedade civil fundada na liberdade, há uma sociedade militar fundada na obediência, sendo conveniente compreender que o juiz da liberdade não pode ser o mesmo da obediência'. Liberdade e autoridade são dois conceitos em permanente estado de tensão dialética. Só a lei permite o culto do senso grave da ordem em equilíbrio com o irresistível impulso de liberdade. Assim, não há dilema entre liberdade e obediência no Estado de Direito Democrático. No Brasil, a Justiça Militar da União, já

bicentenária, funciona a partir de regras internacionalmente reconhecidas, consoante critérios debatidos e propostos pelo Alto Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas. Assegura a igualdade de todos perante a lei, observa os direitos humanos e respeita os princípios do Estado de Direito Democrático. Enfim, está perfeitamente conforme os mais exigentes critérios de imparcialidade, integridade e independência estabelecidos nos padrões internacionais dos povos civilizados

O autor explica a existência da Justiça Militar, mas há um trecho que merece especial destaque: Clemenceau afirma a dicotomia entre a sociedade civil e a militar, uma fundada na liberdade e a outra na obediência. Ratifica-se, assim, mais uma vez, a necessidade da submissão no braço armado do Estado, da manutenção da hierarquia e disciplina para garantir, justamente, essa liberdade dos civis.

Tendo feito este breve esboço histórico que confirma a relevância da hierarquia e disciplina e da necessidade do controle civil sobre o braço armado do Estado podemos passar ao ordenamento jurídico vigente no Brasil tanto histórica quanto hodiernamente.

4. HIERARQUIA E DISCIPLINA COMO GARANTIAS NO ORDENAMENTO JURÍDICO

Veremos no presente capítulo que hierarquia e disciplina aparecem efetivamente no ordenamento jurídico brasileiro desde a primeira constituição (e não foram poucas), o que reforça as suas naturezas jurídicas de garantias.

4.1. HIERARQUIA E DISCIPLINA COMO GARANTIAS PRESENTES EM TODAS AS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

Grande importância sempre foi dada no Brasil independente ao controle do braço armado do Estado a ponto de tal assunto ter sempre *status* constitucional.

Se observarmos a Constituição Política do Império do Brasil (BRASIL, 1824), a primeira do Brasil, veremos dois artigos que bem denotam essa preocupação:

Art. 147. A Força Militar é essencialmente **obediente**; jamais se poderá reunir, **sem que lhe seja ordenado pela Autoridade legítima**.

Art. 150. Uma Ordenança especial regulará a Organização do

Nota-se bem a preocupação com a ordem de autoridade legítima, promoções e disciplina. Em suma: hierarquia e disciplina, ainda que não exatamente com essas palavras.

Os artigos perduraram em vigor com essa Constituição até o fim do Império, inclusive durante revoltas, revoluções e guerras como a do Paraguai. Em 1891 foi promulgada a Constituição dos Estados Unidos do Brasil (BRASIL, 1891). Nela também se nota a mesma preocupação:

Art. 14 - As forças de terra e mar são instituições nacionais permanentes, destinadas à defesa da Pátria no exterior e à **manutenção das leis** no interior. A força armada é **essencialmente obediente**, dentro dos limites da lei, aos seus **superiores hierárquicos** e obrigada a **sustentar as instituições constitucionais**.

As Forças Armadas estão sujeitas a obediência, aos seus superiores hierárquicos e a sustentar as instituições constitucionais: relevância da hierarquia, disciplina e do respeito da milícia estatal armada à Constituição.

Em 1934 (BRASIL, 1934), depois de muita luta, inclusive armada – a revolução Constitucionalista – tivemos uma nova Constituição. Nela também se destaca a obediência aos superiores hierárquicos e necessidade de respeito à Lei e garantir os poderes constitucionais. Mais uma vez, hierarquia, disciplina e controle sobre o braço armado do Estado. Vejamos:

Art. 162 - As forças armadas são instituições nacionais permanentes, e, **dentro da lei**, essencialmente **obedientes aos seus superiores hierárquicos**. Destinam-se a defender a Pátria e **garantir os Poderes constitucionais**, e, ordem e **a lei**. (grifo nosso)

Já a Constituição de 1937 (BRASIL, 1937), do chamado Estado Novo, era autoritária e continha um certo culto à personalidade. Ela vai tratar de obediência e disciplina hierárquica – hierarquia e disciplina – mas vai centrar tudo isso na figura do Presidente da República:

Art. 161 - As forças armadas são instituições nacionais permanentes, organizadas sobre a base da **disciplina hierárquica e da fiel obediência à autoridade do Presidente** da República. (grifo nosso)

Ao menos mantém, como as outras, a questão da Hierarquia e disciplina e a submissão à autoridade civil.

Já na Constituição de 1946 (BRASIL, 1946), fica consagrado o uso da expressão “organizadas com base na hierarquia e na disciplina” que se repete nas posteriores:

Art 176 - As forças armadas, constituídas essencialmente pelo Exército, Marinha e Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes, organizadas **com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente** da República e **dentro dos limites da lei**. (grifo nosso)

É certo que submete à autoridade do Presidente, mas diferente da anterior: “dentro dos limites da lei”

O mesmo se repete nas criticadas Constituições de 1967 (BRASIL, 1967) e 1969 (BRASIL, 1969)⁵¹:

1967:

Art 92 - As forças armadas, constituídas pela Marinha de Guerra, Exército e Aeronáutica Militar, 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**. (grifo nosso)

1969:

Art. 90. As Fôrças 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 **dentro dos limites da lei**. (grifo nosso)

Por fim, a Constituição de 1988 vai dispor da mesma forma, mas irá além: deixará claro, no próprio texto constitucional, que as Polícias e Corpos de Bombeiros Militares também estão organizadas com base na hierarquia e 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.

Art. 42 Os membros das **Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares**, instituições organizadas **com base na hierarquia e disciplina**. (grifo nosso)

Embora não se mencione claramente os limites da lei, a Constituição deixa ao longo de todo seu texto claramente o império da lei.

⁵¹ Trata-se de emenda constitucional que é considerada uma nova Constituição por boa parte da doutrina.

Tem, aliás, importante dispositivo na lista de direitos e garantias individuais do artigo 5º, XLIV – “constitui crime inafiançável e imprescritível a ação de grupos armados, civis ou militares, contra a ordem constitucional e o Estado Democrático”.

Estando esse dispositivo entre os direitos e garantias, confirma-se ainda mais a natureza de garantias da hierarquia e disciplina, pois é explícita a preocupação do Poder Constituinte originário acerca do assunto: controle do braço armado do Estado para garantir indivíduos e a Sociedade.

Analisadas todas as constituições do Brasil, inclusive a atual, nota-se, em todas, a preocupação comum com hierarquia, disciplina e controle do braço armado do Estado, determinando a positivação explícita do assunto e ratificando a relevância e a natureza de garantias constitucionais. Passemos ao Direito Internacional Público.

4.2. HIERARQUIA E DISCIPLINA COMO GARANTIAS PRESENTES NO DIREITO INTERNACIONAL PÚBLICO

Uma das inspirações para o presente estudo foi a obra de Sílvio Martins Teixeira, membro da comissão que redigiu o anteprojeto do Código Penal Militar de 1944. Escreveu logo a seguir os comentários sobre esse novo Código Penal Militar e suas observações sobre hierarquia e disciplina foram decisivas para que questionássemos qual seria a verdadeira natureza jurídica desses dois institutos.

Alves-Marreiros (2015) lembra que, ao comentar o artigo referente ao tipo penal de reunião ilícita, Teixeira comenta que o artigo de 1944 seria reprodução do Código Penal Militar de 1891 e que teria dado origem a discussões porque em 29.10.1897 não foi permitido o funcionamento do Clube Militar que teria sido fechado por ordem do Ministro da Guerra em 1898. Segundo ele, o Supremo Tribunal Federal teria julgado ilegal o ato e assegurado o funcionamento, mas que Macedo Soares entendera que a doutrina não estaria firmada e que o exercício do direito de reunião se subordinaria aos preceitos que regem as classes armadas.

Alves-Marreiros (2015) comenta, ainda, que Teixeira (1946) afirmara que não teria visto motivo para divergências vez que as reuniões não estariam proibidas mas que a proibição existente versava sobre a finalidade da reunião por se tratar de crime expressamente previsto em lei, quando esta for “para discussão de ato de superior, ou assunto atinente à disciplina militar” e que o

crime não estaria, pois, na reunião em si, mas no seu objetivo, acrescentando: “e se justifica pela necessidade de ser mantida a disciplina no meio militar”.

Começamos este tópico com tais referências porque veremos que é justamente essa a tônica dos tratados, pactos e convenções que iremos analisar a seguir.

Vejam, então, alguns dispositivos relativos ao Pacto de San Jose da Costa Rica, Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966), Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966), Convenção 98 da OIT e 154 da OIT.

O mais conhecido deles, o pacto de San José da Costa Rica, como é conhecida a convenção interamericana de direitos humanos (SAN JOSÉ DA COSTA RICA, 1969), dispõe:

Artigo 16. Liberdade de associação

3. O presente artigo não impede a **imposição de restrições legais, e mesmo a privação do exercício do direito de associação**, aos membros das forças armadas e da polícia”(Grifo nosso).

Note-se que um tratado de âmbito internacional que versa sobre Direitos Humanos expressamente permite a possibilidade de restrições legais e até vedação do direito de associação aos membros das forças armadas e polícias. O Brasil optou apenas por proibir a sindicalização e não abrangeu nisso nenhuma das polícias civis que poderiam e, sendo instituições armadas, deveriam estar sob os preceitos constitucionais da hierarquia e da disciplina. As reuniões para crítica mencionadas por Teixeira no trecho citado acima e que são criminalizadas no CPM são potencializadas em associações e seriam a própria essência de reuniões sindicais com risco para a hierarquia e a disciplina.

Para mostrarmos que essa análise não é algo tomado isoladamente, expomos outra norma internacional para confirmar que não é apenas o citado pacto que permite restrições de tal natureza. Passemos ao Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (NOVA IORQUE, 1966), do qual o Brasil também é signatário:

ARTIGO 22

1. Toda pessoa terá o direito de associar-se livremente a outras, inclusive o direito de construir sindicatos e de a eles filiar-se, para a proteção de seus interesses.

2. O exercício desse direito estará sujeito apenas às **restrições previstas em lei e que se façam necessárias, em uma sociedade democrática**, no interesse da **segurança nacional, da segurança e da ordem públicas, ou para proteger a saúde ou a**

moral públicas ou os direitos e liberdades das demais pessoas. O presente artigo não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desse direito por membros das forças armadas e da polícia.

3. Nenhuma das disposições do presente artigo permitirá que Estados Partes da Convenção de 1948 da Organização Internacional do Trabalho, relativa à liberdade sindical e à proteção do direito sindical, venham a adotar medidas legislativas que restrinjam ou aplicar a lei de maneira a restringir as garantias previstas na referida Convenção. (grifo nosso)

Em síntese, são permitidas restrições semelhantes às citadas logo acima e com base em quê? Segurança nacional, segurança pública, ordem pública, saúde ou moral públicas, direitos e garantias das demais pessoas. Logo: com base em garantir a os indivíduos e a Sociedade como um todo. Preservar hierarquia, disciplina e controlar o braço armado do Estado.

Ratificando essa preocupação em garantir indivíduos e a sociedade, temos também o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Nova Iorque, 1966) que dispõe:

ARTIGO 8º

1. Os Estados Partes do presente Pacto comprometem-se a garantir:

a) O direito de toda pessoa de fundar com outras, sindicatos e de filiar-se ao sindicato de escolha, sujeitando-se unicamente aos estatutos da organização interessada, com o objetivo de promover e de proteger seus interesses econômicos e sociais. O exercício desse direito **só poderá ser objeto das restrições previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades alheias;**

b) O direito dos sindicatos de formar federações ou confederações nacionais e o direito destas de formar organizações sindicais internacionais ou de filiar-se às mesmas.

c) O direito dos sindicatos de exercer livremente suas atividades, sem quaisquer limitações **além daquelas previstas em lei e que sejam necessárias, em uma sociedade democrática, no interesse da segurança nacional ou da ordem pública, ou para proteger os direitos e as liberdades das demais pessoas:**

d) O direito de greve, exercido de conformidade com as leis de cada país.

2. O presente artigo **não impedirá que se submeta a restrições legais o exercício desses direitos pelos membros das forças armadas, da polícia ou da administração pública.**

Reiteramos as observações feitas sobre o pacto anterior que, inclusive, tem dispositivos com redação bem semelhante a estes.

A Convenção 98 da OIT (GENEBRA, 1949), também vem ao encontro do que dispõem as anteriores. Vejamos:

ARTIGO 5º

1 - A medida segundo a qual as garantias previstas pela presente

Convenção **se aplicará às forças armadas e à polícia será determinada pela legislação nacional.**

2 - De acordo com os princípios estabelecidos no parágrafo 8 do artigo 19 da Constituição da Organização Internacional de Trabalho, a ratificação desta Convenção, por parte de um membro, não deverá ser considerada como devendo afetar qualquer lei, sentença, costume ou acordo já existentes que concedam aos membros das forças Armadas e da polícia garantias previstas pela presente Convenção. (grifo nosso)

Mais uma convenção que ratifica tudo que dissemos acima. Resta observar, apenas, que ela admite as restrições, mas também deixa claro que a convenção não revoga o que já fora concedido. Em todo caso, mais um reconhecimento de que restrições a militares são possíveis e aceitáveis pelos motivos que temos demonstrado.

Finalizamos o tópico tratando da Convenção 154 da OIT (GENEBRA, 1981):

Artigo 1º

1. A presente Convenção aplica-se a todos os ramos da atividade econômica.

2. A legislação ou a prática nacionais poderão determinar até que ponto as garantias previstas na presente Convenção são aplicáveis às Forças Armadas e à Polícia.

3. No que se refere à administração Pública, a legislação ou a prática nacionais poderão fixar modalidades particulares de aplicação desta Convenção. (grifo nosso)

Mais uma vez, no mesmo sentido e reforçando a nossa argumentação que, assim, nos parece comprovada.

Reconhece, pois, o Direito Internacional Público a relevância de se manter sob controle o braço armado do Estado, bem como da hierarquia e da disciplina, todos motivos que justificam os dispositivos elencados.

5. CONCLUSÃO

Como dissemos, nota-se constantemente uma crítica ao fato de militares sofrerem certas restrições em direitos e garantias por essa condição de militares. Pudemos, neste artigo, mostrar que há fundamentos históricos, doutrinários e um reconhecimento nacional e internacional do direito positivo no sentido de admiti-los, todos baseados na hierarquia, na disciplina e na necessidade do efetivo controle do braço armado do Estado, de forma a

preservar os indivíduos e a Sociedade como um todo. Este texto é a primeira etapa de um projeto maior em que pretendemos confirmar, ainda, outros argumentos que confirmem a natureza jurídica da hierarquia e da disciplina: de garantias individuais e para a Sociedade.

Adotamos justificadamente as definições legais de hierarquia e disciplina que são as consagradas pela doutrina e pela prática.

Vimos que nas declarações do século XVIII que prenunciam a Era Contemporânea e antecipam o século XIX, já ficava clara a importância da hierarquia e da disciplina já que era necessário colocar a milícia estatal sob o poder civil e a ele subordinado. Mostramos que algumas das razões elencadas na Declaração de Independência dos Estados Unidos versam precisamente sobre independência e superioridade do braço armado do estado sobre o povo, causando opressão e comprometendo as liberdades e, portanto, a própria Democracia.

Explicamos a índole do Direito Militar, abrangendo as várias modalidades do Direito – penal, processual, trabalhista, previdenciário, administrativo, etc – mostrando diversas normas que contém especificidades nesse sentido e antecipando o sentido dessas diferenças, comprovado pela análise histórica feita bem como pelo ordenamento jurídico anterior e em vigor.

Após toda essa análise, 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.

REFERÊNCIAS

ALVES-MARREIROS, Adriano. Conceito de direito adquirido: cláusula pétrea infraconstitucional. Revista Direito Militar, v.4, n.22, p.23-24, mar./abr. 2000.

_____. Hierarquia e disciplina como garantias individuais e para a sociedade: fundamento para afastar a extinção da parte geral do Código Penal Militar. Jus.com.br. Dez 2012. Disponível em <<https://jus.com.br/artigos/23179/hierarquia-e-disciplina-como-garantias-individuais-e-para-a-sociedade-fundamento-para-afastar-a-extincao-da-parte-geral-do-codigo-penal-militar>> Acesso em 24 de junho de 2018.

_____. O Casal de Militares e o CPM: Crime Militar praticado por um cônjuge contra o outro, sendo ambos militares. Discussão sobre família, proteção da mulher e Lei Maria da Penha. Blog da PJM/Salvador. Out 2013. Disponível em < <https://mpmbahiaesergipe.files.wordpress.com/2013/10/casal-de-militares-e-o-cpm.pdf>> Acesso em 24 de junho de 2018.

_____. Título II. In ALVES-MARREIROS, Adriano. FREITAS, Ricardo. ROCHA, Guilherme. Direito Penal Militar- Teoria Crítica & Prática. 1a Edição. São Paulo. Editora Método. 2015. p. 55-167.

_____. Título VII. In ALVES-MARREIROS, Adriano. FREITAS, Ricardo. ROCHA, Guilherme. Direito Penal Militar- Teoria Crítica & Prática. 1a Edição. São Paulo. Editora Método. 2015. p. 975-1422.

ROCHA, G. Título III. In ALVES-MARREIROS, Adriano. FREITAS, Ricardo. ROCHA, Guilherme. Direito Penal Militar- Teoria Crítica & Prática. 1a Edição. São Paulo. Editora Método. 2015. p. 169-465.

_____. Título III. In ALVES-MARREIROS, Adriano. FREITAS, Ricardo. ROCHA, Guilherme. Direito Penal Militar- Teoria Crítica & Prática. 1a Edição. São Paulo. Editora Método. 2015. p. 467-828.

BIERRENBACH, Flávio F. da Cunha. A Justiça Militar e o Estado de Direito Democrático . In Direito Militar. Doutrina e Aplicações (coletânea). Elsevier. 2011. ORGANIZADO POR RAMOS, Dircêo Torrecillas; ROTH, Ronaldo João; COSTA, Ilton Garcia da (Coord.). Rio de Janeiro. Elsevier, 2011. 963p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, 5 out. 1988

_____. Constituição Política do Império do Brasil de 1824. Registrada na Registrada na Secretaria de Estado dos Negocios do Imperio do Brazil em 22 de abril de 1824.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, 24 fev 1891.

_____. Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, 16 jul 1934.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, 10 nov 1937.

_____. Constituição dos Estados Unidos do Brasil. Diário Oficial da União, 19 nov 1946.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, 24 jan 1967

_____. Constituição da República Federativa do Brasil. Diário Oficial da União, 20 out 1969

_____. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Dispõe sobre os Estatutos dos Militares. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 11 dez. 1988.

_____. Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. **Código de Processo Penal Militar**. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 out. 1969

FILADÉLFIA, 1776. Declaração de Independência dos Estados Unidos da América. Disponível em <http://www.arqnet.pt/portal/teoria/declaracao_vport.html > Acesso em 24 jun 2018

GENEBRA. Convenção 98 da Organização Internacional do Trabalho. 1º jul 1949. Diário Oficial da União de 4 jul 1953.

GENEBRA. Convenção 154 da Organização Internacional do Trabalho. 19 jun 1981. Diário Oficial da União de 30 set 1994.

LACAVA FILHO, Nélon. Legitimidade do Direito Penal Militar no Estado Democrático de Direito: Hierarquia e disciplina como bases sistêmicas . 2018. 335 páginas. Universidade de São Paulo: Faculdade de Direito. São Paulo, 22.05/2018.

NOVA IORQUE. Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos. 16 dez 1966. Diário Oficial da União de 7 jul 1992.

NOVA IORQUE. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. 19 dez 1966. Diário Oficial da União de 7 jul 1992.

SAN JOSÉ DA COSTA RICA. Pacto de San Jose da Costa Rica. 22 nov 1969. Diário Oficial da União de 9 nov 1992.

TEIXEIRA, Sílvio Martins. Novo Código Penal Militar do Brasil. Rio de Janeiro. Freitas Bastos. 1946. 632p.

VAZQUEZ, Octávio Vejar. Autonomia del Derecho Militar. Ciudad de Mexico. Editorial Stylo.1948. 119p.

VIRGÍNIA, 1776. Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia. In In Textos Básicos sobre Derechos Humanos. Madrid. Universidad Complutense, 1973, traduzido por Marcus Cláudio Acqua Viva, do espanhol.

PROCESSO PENAL MILITAR ACUSATÓRIO E APLICACÃO DO JUIZ DAS GARANTIAS NA JUSTIÇA MILITAR

José Osmar Coelho Pereira Pinto⁵²

RESUMO: Por meio de uma interpretação sistemática da Constituição Federal e da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos se extrai que o sistema adotado por ambas as normas é o acusatório, devendo assim o Código de Processo Penal Militar no momento de sua aplicação passar tanto por uma filtragem constitucional como da CADH. E é nesse viés - no que pese o silêncio do legislado em relação ao juiz da garantia no CPPM - que deve o mesmo ser aplicado, garantindo ao máximo a imparcialidade do julgador.

PALAVRAS-CHAVE: Sistema Inquisitório. Sistema Acusatório. Filtragem Constitucional. Imparcialidade. Juiz das Garantias. Devido Processo Legal.

76

1. INTRODUÇÃO

O processo penal militar foi elaborado em um período estranho à democracia no país. Logo percebe-se que o CPPM adota o sistema inquisitório, onde indiciados e acusados são tratados como objetos de prova e não sujeitos de direito. Além de concentrar a produção e gestão das provas na mão do juiz.

Entretanto, fazendo uma análise sistêmica da CF/88 e CADH, percebe-se que ambas as normas adotaram o sistema acusatório. Deve-se assim, no momento da aplicação do CPPM, filtrar os seus institutos para saber se sobrevivem com o ordenamento constitucional.

E nessa ideia de respeito ao sistema acusatório que a lei 13.964/2019 incluiu a figura do juiz das garantias no processo penal comum, porém não a estendendo ao processo penal militar.

O que nos faz questionar: seria o jurisdicionado da justiça militar detentor de menos amparo constitucional?

2. SUPREMACIA CONSTITUCIONAL E STATUS SUPRALEGAL DA CADH

⁵² Advogado.

A CF/88 teve sua gênese em plena ascensão da democracia no país. Com isso, elencou em suas normas direitos e garantias fundamentais - negados pelo código de processo penal militar. A Constituição de 88 tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, daí já se perceber que no atual estado democrático de direito o indiciado ou acusado é visto como sujeito de direitos e não mais como objeto de prova.

Nas normas legais é necessário saber qual a posição de cada uma delas para que se possa saber que norma deve ser aplicada quando elas entrarem em conflito.

O Direito Constitucional, assim, representa o Direito Supremo do Estado, o tronco do sistema jurídico do qual derivam e se desenvolvem todos os ramos do Direito positivo, que nele encontram os seus princípios fundamentais. Nesse sentido, o Direito Constitucional desempenha uma função primordial no sistema jurídico, que é manter a unidade substancial de todo o Direito, seja público ou privado, **fornecendo os fundamentos e as bases de compreensão de todos os seus ramos, com os quais se relaciona**. E é inegável que o Direito Constitucional, como centro e fonte de todo o sistema jurídico, mantém relação com todos os ramos do Direito, com eles interagindo, e, mais do que isso, **submetendo-os a um processo de constitucionalização ou de filtragem constitucional**, quer por que os mais importantes princípios e regras específicas dos diversos domínios da ciência jurídica estão dispostos na Constituição, quer por que aqueles princípios e aquelas regras passaram a se sujeitar a uma releitura ou reinterpretção sob uma perspectiva constitucional. (Cunha Júnior, 2017, p. 48) Grifei.

E é por isso que quando surge conflito entre a normativa do Código de Processo Penal Militar e a Constituição Federal, deve ser respeitada a supremacia constitucional.

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**.(Mendes; Branco, 2013, p. 108, Grifei)

Além da CF/88, integra o ordenamento jurídico pátrio a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) - celebrada em 1969, entrando em vigência internacional em 1978, sendo ratificado pelo Brasil no ano de 1992 e incorporando o ordenamento jurídico por meio do decreto 678/1992. E, como já se posicionou o STF, a CADH está

subordinada à CF/88, porém possui força supralegal, estando o CPPM à referida normativa internacional subordinado.

“Esse caráter supralegal do tratado devidamente ratificado e internalizado na ordem jurídica brasileira — porém não submetido ao processo legislativo estipulado pelo art. 5º, § 3º, da CF/1988 — foi reafirmado pela edição da Súmula Vinculante 25, segundo a qual “é ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito”. Tal verbete sumular consolidou o entendimento deste Tribunal de que o art. 7º, item 7, da **CADH teria ingressado no sistema jurídico nacional com status supralegal, inferior à CF/1988, mas superior à legislação interna**, a qual não mais produziria qualquer efeito naquilo que conflitasse com a sua disposição de vedar a prisão civil do depositário infiel. Tratados e convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo passo em que criam diretamente direitos para os indivíduos, operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação.

[ADI 5.240, voto do rel. min. Luiz Fux, P, j. 20-8-2015, DJE 18 de 1º-2-2016.]” grifo nosso.

Logo, o CPPM - antes de ter sua normativa própria aplicada – requer a necessária análise sobre como a matéria é disciplinada na CF/88 e na CADH. E se com elas a normativa processual penal militar é compatível.

3. SISTEMAS PROCESSUAIS

3.1. SISTEMA INQUISITÓRIO E ACUSATÓRIO

A doutrina costuma definir os sistemas processuais em inquisitório e acusatório, sendo de extrema relevância entender cada um deles para que com isso seja definido qual o sistema adotado pela CF/88, e se foi recepcionado pela Constituição algumas normas pelo CPPM aplicadas.

O sistema inquisitório é um modelo que se afasta do processo equilibrado. É pacífico na doutrina que o sistema inquisitório concentra as funções de acusação, defesa e julgamento em uma única pessoa. Para o processo inquisitório o acusado não é um sujeito de direito e sim um mero objeto da persecução.

No sistema inquisitivo, há extrema concentração de poderes, podendo-se dizer que ao mesmo órgão ao qual incumbe a acusação, também incumbe o julgamento da questão. Às vezes,

os exemplos históricos indicam que até a defesa era incumbência do mesmo órgão, aumentando, ainda mais, o poder concentrado. (Neves, 2018, p. 169)

A história mostra que o sistema inquisitório era adotado pelos governos totalitários, onde o processo servia como um instrumento à disposição do monarca, do governo, da Inquisição, enfim, de quem detinha o poder e tinha a sua disposição o processo como forma de exercer esse poder, e não como instrumento a garantir o direito do acusado e limitador do poder estatal.

79

O atual Código de Processo Penal Militar foi editado e passou a vigorar sob a égide da Constituição de 1967. Logo, a própria CF era de um viés autoritário em razão do regime predominante à época.

As Constituições nem sempre se apresentam de maneira idêntica, seja no domínio do mesmo Estado, seja entre Estados distintos. Ora, as Constituições brasileiras de 1988 e 1967 não são iguais; basta ressaltar que **enquanto a Constituição de 1988 tem origem democrática, a Constituição de 1967 teve procedência autoritária.**[...].(Cunha Júnior, 2017, p. 103) grifo nosso

Sendo esse o cenário da gênese do CPPM - em vigência até hoje. Nesse período o país encontrava-se no regime militar, fase em que o Executivo detinha imenso poder com a edição de Atos Institucionais - dentre eles o famigerado AI-5. Em meio as suas medidas autoritárias, salta aos olhos o fechamento do Congresso Nacional e a suspensão do habeas corpus.

É claro, portanto, que o CPPM não se presta ao Estado Democrático de Direito, muito menos a garantir os direitos dos acusados, sendo na verdade um mero instrumento à disposição do poder estatal da época.

3.2. SISTEMA ACUSATÓRIO

Já o sistema acusatório tem um viés democrático, estando muito bem definidas e devidamente separadas as funções de acusar, defender e julgar. Garantindo assim o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa. Além de um magistrado imparcial e equidistante da produção probatória.

Com a inauguração de um Estado Democrático de Direito, fruto do constitucionalismo, como já reportamos, fácil perceber que as características do sistema inquisitivo não mais poderiam sobreviver, pois se constituem em agressões extremas ao indivíduo. Em reação, surge o sistema acusatório, que encontra raízes na Grécia e em Roma, mas é efetivamente sedimentado na Inglaterra e na França, após a Revolução Francesa, em especial com a ideia de separação de poderes. (Neves, 2018, p. 170)

A essência do sistema acusatório é justamente garantir um processo igualitário e justo. E por essa razão se separam as funções, deixando-se o encargo probatório com as partes, devendo o magistrado ser imparcial e garantir o devido processo legal. E ao final, de forma imparcial, aplicar o direito ao caso concreto: seja dando razão ao estado no seu direito do jus puniendi, seja no direito do réu a sua liberdade.

O sistema acusatório é caracterizado, principalmente, pela existência do contraditório, bem como pela descentralização das funções de acusar, defender e julgar, cabendo, cada uma dessas funções, a pessoas distintas. Em tal sistema, para ser efetivado plenamente, deve-se excluir totalmente a iniciativa do magistrado de proceder, contentando-se o julgador para decidir com o alegado e provado pela acusação e pela defesa. (Mattos Filho, 2019, p.32)

Logo, não existe uma lógica temporal entre o sistema acusatório e inquisitório. Cada sistema é adotado conforme o grau de autoritarismo ou liberdade do governo: governos autoritários, sistemas inquisitórios; governos comprometidos com a democracia, sistema acusatório.

[...] é a separação de funções e, por decorrência, a gestão da prova na mão das partes e não do juiz (juiz-espectador), que cria as condições de possibilidade para que a imparcialidade se efetive. Somente no processo acusatório-democrático, em que o juiz se mantém afastado da esfera de atividade das partes, é que podemos ter a figura do juiz imparcial, fundante da própria estrutura processual. (Lopes Jr, 2016, p. 44)

3.3. SISTEMA PROCESSUAL PENAL MILITAR BRASILEIRO

O código de processo penal comum passou a constar de forma expressa em seu artigo 3-A que o CPP é dotado do sistema acusatório com a edição da lei nº 13.964/2019, não tendo referida lei também alcançado o CPPM e nele constar o sistema acusatório de forma expressa, porém mesmo não constando expressamente no CPPM que o sistema é acusatório, a conclusão não pode ser outra em razão da imposição Constitucional e da CADH.

É claro e tranquilo que as normas infraconstitucionais precisam se amoldar aos preceitos constitucionais. O Código de Processo Penal Militar é de raiz autoritária, originado em um período de exceção registrado na história nacional.

Já a Constituição Federal de 1988 tem seu nascedouro na democracia. Em sendo assim, é necessário se fazer a análise do atual sistema vigente no Brasil à luz da CF/88 - e não ao contrário. “O sistema processual vigente no processo penal militar brasileiro, até mesmo por imposição constitucional, é o sistema acusatório, mais alinhado no assentimento majoritário da doutrina com o Estado Democrático de Direito”. (NEVES, 2018, p. 171)

Na Constituição Cidadã de 1988, por mais que não haja menção explícita de que o sistema adotado seja o acusatório, dúvidas não existem acerca disto. Temos no art. 5º: inciso XXXVII, a proibição do tribunal de exceção; inciso XXXIX, o princípio da legalidade; inciso XLVI, a individualização da pena; inciso LIII, o juiz natural; inciso LIV, o devido processo legal; inciso LV, o contraditório e a ampla defesa. Além disso, deixa bem claro no art. 129, inciso I, que a acusação pública é privativa do Ministério Público.

De igual sorte é a CADH, que em seu texto deixa claro que a norma internacional opta pelo sistema acusatório, pois veda torturas e penas cruéis (artigo 5. 2), impõe a necessidade de juiz imparcial (artigo 8.1), presunção de inocência (artigo 8. 2) direito a não autoincriminação (art. 8.2.g) e etc.

Precisamos compreender que a Constituição de 1988 define um processo penal acusatório, fundado no contraditório, na ampla defesa, na imparcialidade do juiz e nas demais regras do devido processo penal. Diante dos inúmeros traços inquisitórios do processo penal brasileiro, é necessário fazer uma “filtragem constitucional” dos dispositivos incompatíveis com o princípio acusatório (como os arts. 156, 385 etc.), pois são “substancialmente inconstitucionais”. Assumido o problema estrutural do CPP, **a luta passa a ser pela acoplagem constitucional e pela filtragem constitucional, expurgando de eficácia todos aqueles dispositivos que, alinhados**

Não restam dúvidas de que a Constituição Federal e CADH trouxeram em seu espírito democrático o sistema acusatório, devendo os artigos do CPPM - código esse elaborado em um período autoritário da história pátria - passarem pela devida filtragem constitucional, sob pena da CF ser uma mera utopia.

3.4. FINALIDADE DO PROCESSO PENAL MILITAR

Com o atual Estado de Direito, e sendo o acusado sujeito de direitos. A CF/88 efetiva inúmeras garantias, tais como o Devido Processo Legal, Contraditório, Ampla Defesa, juiz imparcial, vedação de provas ilícitas etc. “O processo não pode mais ser visto como um simples instrumento a serviço do poder punitivo (Direito Penal), senão que desempenha o papel de limitador do poder e garantidor do indivíduo a ele submetido” (LOPES Jr, 2011, p.9).

O simples fato de responder a um processo penal militar já é muito penoso, principalmente para os militares que por normas de suas instituições ficam fora da lista de acesso a promoção pelo simples fato de serem acusados em um processo penal militar.

Afinal, não se pode mais compreender o processo penal como um mero instrumento necessário para o exercício da pretensão punitiva do Estado. Muito além disso, o processo penal há de ser compreendido como uma forma de tutela dos direitos e garantias fundamentais do indivíduo. Lima, 2020, p. 39)

Logo, o processo penal militar está a serviço do mais frágil na relação processual, e nesse momento o frágil da relação é o acusado e mesmo acusado é a ele garantido o tratamento de pessoa inocente nos termos do art. 5º, LVII, da Constituição e 8.2 da CADH. Para que o Estado possa ao final punir, é necessário garantir o devido processo legal e todos os demais princípios constitucionais dele advindo.

Pode-se afirmar, com toda ênfase, que o princípio que primeiro impera no processo penal é o da proteção dos inocentes (débil), ou seja, o processo penal como direito protetor dos inocentes (e todos os a ele submetidos o são, pois só perdem esse status após a sentença condenatória transitar em julgado), pois é o dever que emerge da presunção constitucional de inocência prevista no art. 5º, LXII, da Constituição. (LOPES Jr, 2011, p.11)

No Estado Democrático de Direito que tem como finalidade do processo penal garantir a proteção do acusado contra o poder estatal, é preciso que seja efetivada ao máximo as normas constitucionais, pois o simples fato de responder a um processo penal militar já remete o acusado a ter sua dignidade afetada.

4. PROIBIÇÃO DA ATUAÇÃO PROBATÓRIA DO JUIZ

Sendo o sistema acusatório o optado pela CF/88 - o qual o CPPM precisa passar a adotar – vê-se que o referido sistema vai muito além do simples fato da acusação ser exercida pelo Ministério Público. Com a opção constitucional, além da separação entre acusar, defender e julgar, também é defeso ao magistrado fazer a gestão da prova, pois de nada adiantaria ter acusação feita pelo Ministério Público e ser permitido ao juiz ir em busca de prova.

O ponto central do sistema inquisitório seria a possibilidade da aquisição de prova *ex officio* (iniciativa probatória ou poderes instrutórios do juiz): guiado pela visão que tem do fato (hipótese), o juiz poderia, com ampla liberdade de atuação (gestor ou senhor da prova), sair em busca das provas que demonstram a “sua” hipótese, orientando o resultado do processo para a direção que deseja. (Junqueira e et al., 2020, p. 87)

Sendo característica do modelo inquisitório, a gestão da prova na mão do juiz - além de prejudicar a imparcialidade do julgador - acaba por ferir também a paridade de armas, pois a defesa não precisa que o juiz vá em busca da prova, pois caso o mesmo tenha dúvida impõe o código a obrigação da sentença absolutória.

Por outro lado, quando a gestão das provas está nas mãos das partes, o juiz assume seu verdadeiro papel de espectador

(alheamento), essencial para assegurar a imparcialidade e a estrutura do modelo processual acusatório. Ademais, o limite probatório também é dado pelo sistema processual. (LOPES Jr, 2020, p.403)

5. JUIZ DAS GARANTIAS E O PROCESSO PENAL MILITAR

Analisando a CF/88 a mesma garante inúmeras proteções ao magistrado para que o mesmo não tenha medo em atuar. É garantido assim a inamovibilidade do cargo, irredutibilidade de subsídio, dentre outros. Além das garantias constitucionais do próprio acusado em ter respeitado o devido processo legal (artigo 5ª, LIV), sendo extraída a garantia de se ter um juiz imparcial. Bem como é assegurado pela CADH a garantia de um juiz ou tribunal imparcial (Artigo 8ª, 1).

É nesse alinhamento com a CF/88 e CADH e a necessidade de se ter um juiz imparcial que a lei 13.964/19 institui o juiz das garantias no processo penal comum, porém não o fazendo no processo penal militar.

A estrutura do processo penal militar hoje faz com que o juiz que deferiu medidas com reserva de jurisdição em sede de inquérito policial militar, seja o juiz prevento para o julgamento. Ou seja, esse juiz já começa a formar seu juízo de valor em sede de procedimento no qual o contraditório é diferido, e muitas vezes o indiciado, por desconhecer seus direitos, acaba nem exercendo o contraditório no IPM.

O juiz que atua em sede de investigação acaba por se contaminar - mesmo que de forma inconsciente -, pois para deferir as medidas cautelares é preciso que o juiz já afirme existir indícios de autoria e materialidade, e geralmente essas decisões são tomadas sem o exercício do contraditório. Logo, quanto mais medidas cautelares o magistrado tomar, mais provável que sua sentença seja em querer confirmar o que ele já decidiu ao longo da investigação: que o acusado é autor do delito contra ele imputado.

[...] muito se discute acerca dos efeitos da **teoria da dissonância cognitiva** em relação ao magistrado que, de alguma forma, interveio na fase investigatória e que, mais adiante, seria chamado para julgamento daquele mesmo feito. Cuida-se, a “Theory of Cognitive Dissonance” de Leon Festinger,

de um estudo psicológico acerca da cognição e do comportamento humano: está fundamentada na ideia de que seres racionais tendem a sempre buscar uma zona de conforto, um estado de coerência entre suas opiniões (decisões, atitudes), daí por que passam a desenvolver um processo voluntário ou involuntário, porém inevitável, de modo a evitar um sentimento incômodo de dissonância cognitiva. Há, por assim, uma tendência natural do ser humano à estabilidade cognitiva, intolerante a incongruências, que são inevitáveis no caso de tomada de decisões e de conhecimento de novas informações que coloquem em xeque a primeira impressão. (Lima, 2020, p.54, grifo original)

Na linha da dissonância cognitiva existe também a impressão inicial que o magistrado tem em relação ao acusado - no ditado popular: “a primeira impressão é a que fica”.

No horizonte da teoria da dissonância cognitiva, fundamentando-se o nome *dissonância pós-primeira impressão*, pode-se traduzir esse processo perceptivo com ênfase na primeira impressão do seguinte modo: após a obtenção de uma cognição inicial (primeira impressão) sobre alguém (positiva ou negativa), a tendência do indivíduo é de preservá-la, evitando-se o rompimento do seu estado de consonância cognitiva, que somente estará em perigo se esta for contrariada. (Ritter, 2019, p. 130)

Nessa linha, a importância do juiz das garantias deve ser vista como um instituto para além do direito, devendo ser analisado pelo viés da psicologia, onde os estudos já apontaram o grave prejuízo à imparcialidade do magistrado que atua na fase de investigação, deferindo medidas cautelares sem o devido contraditório e que depois irá julgar o processo. Sendo que vai o mesmo a todo tempo buscar confirmar as decisões por ele tomadas em sede de cautelares.

Na ideia da proteção do jurisdicionado, é de importância constitucional se ter o juiz das garantias também no processo penal militar. No que pese o silêncio da alteração legislativa em relação ao CPPM, não se pode ter esse silêncio como desrespeito ao acusado no processo penal militar, pois é essencial que se tenha garantido, da melhor forma, a imparcialidade do magistrado.

A uma porque o ar. 3ª do Código de Processo Penal Militar admite a aplicação subsidiária do Código de Processo Penal. A duas porque a introdução do juiz das garantias no Código de Processo Penal nada mais é do que uma nova visão adotada pelo legislador brasileiro no sentido da consolidação do sistema acusatório previsto na Constituição Federal (art. 129, I), ao qual também se sujeitam aqueles que são processados perante a Justiça Castrense. Por fim, não parece haver

nenhum critério razoável para um possível tratamento desigual ao jurisdicionado, negando-lhe um juiz das garantias militar pelo simples fato de ser processado nesta Justiça Especializada. (Lima, 2020, p.75)

Mais ainda, no que pese o silêncio do legislador em acrescentar o juiz das garantias no CPPM, se mostra o referido instituto mais alinhado com os direitos e garantias fundamentais dos jurisdicionados da Justiça Militar, garantindo assim um juiz imparcial pois estaria o magistrado descontaminado dos pré-julgamentos feitos em sede de inquérito.

6. CONCLUSÃO

Feita a devida análise de qual sistema foi adotado pela Constituição Federal e também desenhado na Convenção Americana de Direitos Humanos, ficou evidenciado que este foi o acusatório. Deve, portanto, o Código de Processo Penal Militar, quando for aplicado, analisar se a sua normativa se alinha ao desenhado pelo acusatório ou inquisitório. E, no caso de conflito com os postulados do sistema acusatório ser declarado que o mesmo não foi recepcionado pela CF/88. Como o sistema acusatório vai além da simples separação da acusação, julgamento e defesa, nesse modelo constitucionalmente desenhado é defeso ao juiz a produção e gestão probatória, pois acaba por ferir inclusive a paridade de armas.

Acrescente-se não se poder negar o juiz das garantias no processo penal militar pelo simples fato do legislador não ter incluído no CPPM como o fez no CPP, já que nada justifica o tratamento diferenciado entre os réus nos processos penais, e sendo o juiz das garantias a melhor forma em efetivar a imparcialidade do julgador. E, frente ao silêncio do CPPM, é perfeitamente aplicável o artigo 3^a do CPPM e usar de forma subsidiária o CPP.

REFERÊNCIAS

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm

https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_america.htm

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d0678.htm

<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1268&termo=>

Lopes Jr, Aury. Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional: 8. Ed. Vol I, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional, 8.Ed., Saraiva, São Paulo, 2013.

Lopes Jr, Aury. Direito Processual Penal: 13. Ed., São Paulo, Saraiva, 2016.

Cunha Jr, Dirley da, Curso de Direito Constitucional, 11 ed., Salvador, JusPODIVM, 2017.

Neves, Cícero Robson Coimbra, Manual de Direito Processual Penal Militar, 3 ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2018.

Mattos Filho, J. Mauricio C, Nulidade no processo penal: restrições à ampla defesa em matéria sumulada nas cortes superiores brasileiras, Belo Horizonte, D'Plácido, 2019.

Ritter, Ruiz, Imparcialidade no processo penal: reflexões a partir da teoria da dissonância cognitiva, São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019.

Lopes Jr, Aury. Direito Processual Penal: 17. Ed., São Paulo, Saraiva Educação, 2020.

Lima, Renato Brasileiro de, Código de Processo Penal comentado, 5. Ed., Salvador, JusPODIVM, 2020.

Junqueira, Gustavo et al., Lei anticrime comentada: artigo por artigo, São Paulo, Saraiva Educação, 2020.

EXECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR. CABIMENTO DA PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL PARA OS MILITARES QUE CUMPREM PENA EM ESTABELECIMENTOS PRISIONAIS DE NATUREZA MILITAR. A IMPERIOSA NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL AO TEXTO CONSTITUCIONAL

Pedro da Gama Lobo Lorens⁵³

88

RESUMO: O presente artigo, sem pretensão de esgotamento do tema, tem por objetivo analisar a viabilidade jurídica da aplicação da Lei de Execução Penal no que se refere à progressão de regime de cumprimento de pena nos crimes militares praticados por militares e que cumprem suas reprimendas em estabelecimentos penais de natureza militar (*lato sensu*). A presente análise se pauta especialmente no déficit normativo verificado na legislação castrense quando confrontada com os valores e princípios insculpidos na Constituição da República, especialmente no que se refere à necessidade de compatibilização da legislação especial com os princípios da razoabilidade, proporcionalidade e, sobretudo, da individualização da pena.

Palavras-Chave: Execução Penal. Legislação Especial. Crimes Militares. Lei de Execução Penal. Princípio Constitucionais.

1. INTRODUÇÃO

A existência e manutenção da Justiça Militar, a mais antiga do país, com mais de 200 anos, é de fundamental importância, especialmente diante das especificidades das Forças Armadas (FFAA) e as peculiaridades do regime estatutário militar.

O arcabouço de restrições constitucionais, legais e regulamentares impostas aos militares, juntamente com a relevância do papel desempenhado pelas Forças Armadas, revelam peculiaridades e especificidades que reclamam o julgamento das questões afetas à caserna por um órgão jurisdicional especializado. Ao contrário daqueles que pregam pura e simplesmente a extinção deste ramo do Poder Judiciário pelas mais diversas razões (muitas absolutamente inaceitáveis), pensamos que sua manutenção se impõe, justamente pela importância que representa na proteção dos valores inerentes à Caserna, especialmente hierarquia e disciplina.

⁵³ O autor é Defensor Público Federal. Pós-Graduado em Direito Público. Conselheiro do Conselho Penitenciário do Estado da Bahia. Membro efetivo do IBADPP – Instituto Baiano de Direito Processual Penal.

Porém, apesar de sermos amplamente favorável à sua manutenção, uma profunda reforma da legislação castrense, bem como uma mudança na cultura jurídica dos operadores do direito que militam na área, são medidas que devem receber especial atenção, para que só assim sejam resguardados os valores consagrados na Constituição da República de 1988.

Em que pese a relevância da jurisdição especializada para a manutenção de valores essenciais às FFAA, não se pode esquecer que um dos fundamentos do nosso Estado Democrático de Direito é a dignidade da pessoa humana, tal qual disposto no art. 1º, III, da Constituição da República. E mesmo os militares, como indivíduos que são, com todas as restrições e deveres que a vida militar lhes impõem, devem ter respeitados os seus direitos fundamentais, inclusive na aplicação da legislação penal especial, seja na fase de investigação policial militar, seja na fase da instrução processual ou ainda na fase da execução das penas cumpridas em estabelecimento penais militares.

Neste breve trabalho abordaremos, especialmente sob a ótica do princípio constitucional da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana, a possibilidade da aplicação das disposições contidas na lei 7.210/84 (LEP) aos militares condenados pela Justiça Militar e que cumprem penas em estabelecimentos penais militares (*lato sensu*), diante da não contemplação expressa da possibilidade de progressão do regime prisional na legislação castrense para essas hipóteses. Ressalvamos que em relação aos militares condenados pela Justiça Militar que cumprem pena em estabelecimentos civis, a aplicação da lei de execução penal não encontra resistências, seguindo o quanto determinado no art. 2º, parágrafo único, da LEP.

2. NECESSIDADE DE ADEQUAÇÃO DA LEGISLAÇÃO ESPECIAL CASTRENSE AO TEXTO CONSTITUCIONAL

A individualização da pena estampa garantia fundamental dos indivíduos e está expressamente prevista no art. 5º, XLVI, da Constituição da República. Trata-se de um direito fundamental positivado na Carta Maior e que assegura a todo e qualquer indivíduo, seja ele nacional ou estrangeiro, civil ou militar, que em caso de condenação penal, terá a sua pena devidamente individualizada.

A individualização da pena, conforme entendimento doutrinário pacífico, verifica-se em 3 momentos distintos e bem delineados.

O primeiro deles incide na etapa da criminalização primária, ou seja, quando o legislador fixa os patamares mínimos e máximos da pena cominada a determinado tipo penal. Por se dirigir a todos, de forma *ex ante*, tem-se que essa primeira etapa se dá *in abstracto*, posto que não são consideradas as circunstâncias concretas da conduta submetida ao crivo do poder judiciário.

Uma vez praticado um fato típico, jurídico, culpável e punível pelo agente, ao final do processo penal, deverá ser observado o segundo momento do princípio ora analisado, a etapa que dispõe sobre a individualização judiciária. Neste segundo momento, ao realizar a dosimetria da pena, o julgador deverá observar as circunstâncias judiciais, legais, causas de aumento e diminuição da pena para fixar a sanção devida em decorrência da conduta concretamente analisada.

E por fim, a última etapa da efetivação do princípio da individualização da pena, mas não menos importante, ocorre justamente na fase de execução da reprimenda imposta, oportunidade em que o juízo da execução irá determinar o seu cumprimento de forma individualizada.

Especificamente em relação à terceira etapa da individualização da pena se deve atentar para o fato de que mérito do condenado é um juízo de valor incidente sobre a sua conduta carcerária passada e futura (diagnóstico e prognóstico), dando conta de que cumpriu, a contento, sem o registro de faltas graves no seu prontuário, a sua pena no regime mais rigoroso, além de estar preparado a enfrentar regime mais brando, demonstrando disciplina, senso crítico sobre si mesmo, perspectiva quanto ao seu futuro e ausência de periculosidade. O mérito na execução da pena não deve ser avaliado tendo como base o crime praticado e a sua gravidade. O objetivo da pena, ao menos em termos teóricos, é reeducar o indivíduo que, cedo ou tarde, voltará ao convívio social, de modo que a progressão é o mecanismo pensado para viabilizar essa reintegração social, dando ao preso perspectiva e esperança.⁵⁴

De acordo com a legislação Castrense, mais especificamente o Código Penal Militar (CPM), diploma normativo erigido sob a égide da época mais dura

⁵⁴ Nucci, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 2ª ed. 2014. Editora Forense. Pg. 135.

da Ditadura Militar, as penas principais estão previstas no art. 55, sendo elas a pena de morte, reclusão, detenção, prisão, impedimento, suspensão de exercício do posto, graduação ou função e reforma.⁵⁵

Para o propósito do presente trabalho e pela limitação a ele inerente, nos interessa mais especificamente as penas de detenção, reclusão e prisão.

Com efeito o art. 59 do CPM, dispõe que:

Art. 59 - A pena de reclusão ou de detenção até 2 (dois) anos, aplicada a militar, é convertida em pena de prisão e cumprida, quando não cabível a suspensão condicional: (Redação dada pela Lei nº 6.544, de 30.6.1978)

I - pelo oficial, em recinto de estabelecimento militar;

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

Por sua vez, o art. 61 do CPM dispõe:

Art. 61 - A pena privativa da liberdade por mais de 2 (dois) anos, aplicada a militar, é cumprida em penitenciária militar e, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar. (Redação dada pela Lei nº 6.544, de 30.6.1978)

A pena de prisão não encontra correspondente no direito penal comum. Trata-se de espécie de pena privativa de liberdade aplicável exclusivamente aos militares e quando a sanção de detenção ou reclusão fixada pelo juízo não ultrapassar o patamar de dois anos, desde que não seja possível a concessão de suspensão condicional da pena.

Importante registrar que esta modalidade de pena prevista no CPM não se confunde com a denominada prisão simples prevista no art. 6º no decreto-lei

⁵⁵ Art. 55. As penas principais são: a) morte; b) reclusão; c) detenção; d) prisão; e) impedimento; f) suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função; g) reforma.

nº 3.688, de 3 de outubro de 1941, aplicável às contravenções penais⁵⁶. Válido de registro também que não há nenhum crime na Parte Especial do CPM que possua como pena cominada a prisão, sendo esta aplicável tão somente quando da substituição da pena de detenção ou de reclusão, podendo durar, obviamente, o tempo da pena originalmente convertida, até o limite de dois anos.

Da leitura dos dispositivos acima destacados se verifica também que houve diferenciação em relação ao local destinado ao cumprimento da pena privativa de liberdade, consoante a patente militar do apenado, bem como considerando em conta o quantum sancionatório aplicado.

Por sua vez, as penas de reclusão e detenção encontram correspondência na legislação penal comum, guardando como ponto peculiar na legislação castrense o fato do mínimo da pena de reclusão ser de 1 ano e o máximo de 30 anos, e para a detenção o patamar mínimo ser de 30 dias e o máximo de 10 anos, conforme previsão expressa do art. 58 do CPM.⁵⁷

No art. 59 não há distinção entre reclusão e detenção, ambas restando equiparadas e convertidas em pena de prisão. Portanto, o militar somente cumpre pena de reclusão ou detenção quando forem superiores ao *quantum* de 2 anos.

Já no art. 61 não há menção ao tipo ou modelo de restrição da liberdade imposto pelo juiz, apenas ressaltando a possibilidade do sentenciado que cumpra pena em estabelecimento civil em gozar dos benefícios previstos na legislação ordinária. Pela leitura do dispositivo legal, a sanção superior a dois anos aplicada a militar deverá ser cumprida em penitenciária militar. Apenas na ausência de tal estabelecimento, ele deve cumprir sua reprimenda em estabelecimento prisional comum. Além disso, somente neste último caso, o sentenciado tem a execução da pena submetida aos ditames da Lei de Execução Penal, do Código Penal brasileiro e do Código de Processo Penal. Dessa forma,

⁵⁶ Lei de Contravenções Penais: Art. 6º A pena de prisão simples deve ser cumprida, sem rigor penitenciário, em estabelecimento especial ou seção especial de prisão comum, em regime semi-aberto ou aberto. (Redação dada pela Lei nº 6.416, de 24.5.1977) § 1º O condenado a pena de prisão simples fica sempre separado dos condenados a pena de reclusão ou de detenção. § 2º O trabalho é facultativo, se a pena aplicada, não excede a quinze dias.

⁵⁷ Art. 58. O mínimo da pena de reclusão é de um ano, e o máximo de trinta anos; o mínimo da pena de detenção é de trinta dias, e o máximo de dez anos.

o principal ponto a ser considerado no que se refere à aplicação da LEP ao militar condenado não seria a quantidade de pena que lhe foi imposta, mas, o fato de ser executada ou não em estabelecimento penal militar ⁵⁸.

Percebe-se então que a legislação que versa sobre o direito penal militar, ao contrário do quanto previsto na legislação penal ordinária, não traz previsão de regimes diferenciados para o início do cumprimento das penas privativas de liberdade impostas pela justiça Militar e cumpridas em estabelecimentos penais de natureza miliar, tampouco traz dispositivos que de alguma forma ou em algum grau regulem o regime de progressão de tais penas impostas. É dizer, independentemente do crime praticado e da quantidade da pena privativa de liberdade fixada em juízo, sendo o réu militar, e não sendo a hipótese de concessão do benefício da suspensão da execução da pena, a sanção privativa de liberdade cumprida em estabelecimento penal militar (*lato sensu*) seria executada em termos semelhantes ao regime fechado previsto pela legislação ordinária.

Há, portanto, uma lacuna, uma omissão, uma ausência de regulamentação no que se refere à forma de cumprimento de pena privativa de liberdade para os militares na justiça especializada, o que leva alguns operadores do direito a defenderem que ao militar nas circunstâncias previstas pelos art. 59 e 61, primeira parte, não haveria a possibilidade de cumprir a sanção imposta de forma progressiva ou em regime inicial diverso do fechado. Todavia, tal entendimento não nos parece ser o mais adequado.

A omissão ou não contemplação expressa na legislação castrense da possibilidade da progressão do regime prisional para os casos envolvendo militares que cumprem pena em estabelecimentos penais de natureza militar (*lato sensu*), deve necessariamente ser enfrentada através de uma “nova” perspectiva, observando os paradigmas axiológicos insculpidos na Constituição da República vigente, e não através de uma interpretação meramente literal dos dispositivos legais de forma isolada e assistemática, posto que, como já dito, foram gestados em uma época na qual os valores regentes do ordenamento jurídico eram absolutamente diversos dos atuais.

⁵⁸ MARREIROS, Alves Adriano. ROCHA, Guilherme, FREITAS, Ricardo. Direito Penal Militar. Teoria Crítica & Prática. Ed. Método. 2015. SP. Pg 797/798.

Outrossim, não se pode tratar a questão ora posta como sendo caso de omissão pura e simples da legislação especial, ou de mero silêncio eloquente do legislador, observável *prima facie*. A questão passa pela análise de normas jurídicas de *status* ordinário (decreto-lei, originariamente, recepcionada como lei ordinária após a CF de 1988) que, se lidas de forma isoladas e não contextualizadas, não guardam correlação integral com os valores trazidos pela Constituição Federal de 1988 (artigo 1º, III, e art. 5º, incisos LXVI, LXVII), gerando sim uma lacuna, ou até mesmo uma afronta aos valores constitucionais, mas num segundo momento de reflexão⁵⁹ e que não podem ser ignorados ou rebatidos com argumentos simplórios.

Mesmo diante da ausência de previsão expressa na legislação castrense sobre o regime inicial de cumprimento e progressão da pena fixada, não se pode negar ao condenado militar que usufrua dos benefícios previstos na Lei de Execuções Penais, ainda que cumpra pena em estabelecimento penal militar, especialmente em tempo de paz. Logicamente em situações de guerra declarada, a ótica deve ser diversa, pois há um fator de *discriminem* razoável, mas esta última situação não será enfrentada no presente trabalho.

Nesse contexto, não parece correto admitir que o direito à individualização da pena seja negado aos militares que cumprem pena em estabelecimentos militares em razão do argumento, por exemplo, de que a conversão da pena em prisão teria a finalidade de resguardar a disciplina e a hierarquia. Tampouco convence o argumento de que o condenado que não perdeu a condição de militar poderia voltar à ativa, após cumprir o tempo restante de sua pena em estabelecimento prisional militar e separado dos demais detentos condenados pela prática de crime comum e, portanto, a medida seria mais benéfica. Também não se pode admitir a restrição de direito fundamental do indivíduo, ainda que militar, apenas sob o pálido argumento do princípio da especialidade da legislação castrense.

Em relação à violação aos princípios da disciplina e hierarquia, a concessão da progressão de regime não fere os princípios basilares das FFAA, uma vez que eles se referem ao desempenho das atividades e o convívio no meio militar e nada guardam relação com o regime de cumprimento da sanção

⁵⁹TOLEDO, João Roberto de. Disponível em <http://www.conjur.com//interrogatorio-processo-penal-militar-feito-fim-instrucao>

criminal imposta. Tanto é assim, que a própria legislação castrense permite aos sentenciados militares que se encontrem cumprindo medida constritiva de liberdade em estabelecimento prisional comum o acesso aos benefícios da legislação ordinária. De acordo com Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha e Micheline Barboza não se verifica motivação racional para o *jus puniendi* estatal promover tamanha desequiparação em matéria tão sensível ao indivíduo quanto a restrição do *jus libertatis*, concedendo aos militares encarcerados em presídios comuns a progressão do regime, e negando-a àqueles custodiados em prisões castrenses⁶⁰.

Ainda segundo as citadas autoras, à evidência, não se podem ignorar distinções legítimas, merecendo respeito as especificidades para a real e efetiva edificação do Estado Democrático. Mas, sem embargo das peculiaridades norteadoras das Forças Armadas, mormente no tocante aos pré-falados preceitos da disciplina hierárquica, não guardam eles nenhuma correlação jurídica plausível com a fixação de regime para a execução penal de militar punido sob a égide da Justiça Penal Especializada⁶¹.

Cícero Coimbra e Marcelo Streinfinger defendem ser inequívoca a necessidade de se socorrer ao Direito Penal comum e à sua execução da pena, especialmente ao tratarmos da distinção entre detenção e reclusão. Alegam que a ausência de regra distintiva no cumprimento das penas na legislação castrense— e por consequência de distinção entre as duas penas em essência — leva à possibilidade de aplicação da lei processual penal comum, incluindo a LEP, por força do que dispõe a alínea a do art. 3º do CPPM. Prosseguem os autores afirmando que a progressão de regime, sendo ela a essência da distinção entre detenção e reclusão está inerente ao estudo das penas principais e que não é possível, pela lacuna do CPM e do CPPM, conceituar detenção e reclusão, diferenciando-as, sem que se reporte à diferença nos regimes de cumprimento⁶².

Portanto, a inexistência de previsão legal na legislação militar e o respeito à hierarquia e à disciplina, configuram-se fundamentos ineficazes para sustentar

⁶⁰ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha; RIBEIRO, Micheline Barboza Balduino. A Progressão do Regime nos Crimes Militares ante as relações especiais de sujeição. 2011. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/images/Not%C3%ADcias/min_elizabeth-progressao_regime_crimes.pdf>. Acesso em: 31 julho. 2021.

⁶¹ *Ibidem*.

⁶² NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. Manual de direito penal militar. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. Pg 467.

a inaplicabilidade da progressão de regime aos militares condenados pela justiça especializada.

A própria legislação processual penal militar versa sobre a aplicabilidade subsidiária da legislação comum no caso de omissão, conforme se verifica do art. 3º do Código de Processo Penal Militar. Apesar da especialidade da legislação penal militar, não se pode admitir que tal situação se sobreponha aos princípios orientadores de todo o corpo constitucional, de todo ordenamento jurídico portanto, especialmente no que se refere à dignidade da pessoa humana, individualização da pena, razoabilidade e proporcionalidade, os quais são imanentes da Norma Normarum.⁶³

Não se pode pretender que a interpretação da Constituição da República ocorra a partir da lei de estatura hierárquica inferior. É dizer, as normas e valores constitucionais não podem ser interpretados a partir das disposições legais ordinárias, o processo hermenêutico é justamente o inverso, pois são as normas e princípios constitucionais que, dotados de normatividade e coercitividade amplas, e gozando de hierarquia superior, espraiam-se e servem de farol para a interpretação das demais normas postas no ordenamento jurídico, especialmente quando tais normas inferiores tiverem sido gestadas sob a égide de valores não tão democráticos.

Diante desse contexto, a realização da necessária filtragem constitucional dos artigos. 59 e 61 do CPM, se impõe, pois, do contrário, teríamos que admitir que apenas através do cumprimento integral da pena privativa de liberdade imposta ou pela concessão do Livramento Condicional quando cabível, o militar que cumpre pena em estabelecimento militar, poderia retornar à sociedade, o que claramente viola o princípio da individualização da pena, além de exterminar um dos seus objetivos, pelos menos teórico, que é justamente a ressocialização do apenado, seja ela militar ou não.

Segundo os ensinamentos do eminente jurista Alberto Silva Franco o legislador não poderia, jamais, sem ofensa à constituição, suprimir a progressividade da execução da sentença penal, tampouco eliminar o enfoque

⁶³ ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha; RIBEIRO, Micheline Barboza Balduino. A Progressão do Regime nos Crimes Militares ante as relações especiais de sujeição. 2016. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/images/Not%C3%ADcias/min_elizabeth-progressao_regime_crimes.pdf>. Acesso em: 31 julho. 2021.

ressocializador ínsito na pena privativa de liberdade, posto que, ao assim proceder, estaria atacando a essência dos princípios constitucionais da legalidade, da individualização e da humanidade da pena. Ainda segundo o citado jurista, a execução integral da pena em regime fechado empresta à pena um caráter exclusivamente expiatório ou retributivo, a que não se aperfeiçoam nem o princípio constitucional da humanidade da pena nem as finalidades a ela pela Lei de Execução Penal (art.1º)⁶⁴

Sob a ótica do Estado Democrático de Direito a pena não pode ser vista como tendo finalidade única e exclusivamente a vingança estatal contra o sentenciado, tampouco o indivíduo pode ser utilizado como meio para se atingir supostas finalidades buscadas pela aplicação do poder punitivo. O princípio da dignidade da pessoa humana, como fundamento do Estado Democrático de Direito que nos rege, representa o epicentro da ordem jurídica nacional, conferindo unidade teleológica e axiológica a todas as normas postas no ordenamento jurídico, pois o estado e o Direito não são fins em si mesmos, mas, antes disso, servem como meios para a realização da dignidade do homem, conforme valorosa contribuição do professor Daniel Sarmento⁶⁵,

Fábio Konder Comparato, no mesmo sentido, assinala que a dignidade da pessoa humana consiste no fato de ser ela, diferentemente das coisas, um ser considerado e tratado como um fim em si e nunca como um meio para a consecução de determinado resultado⁶⁶.

Valendo-nos dos ensinamentos da filosofia Kantiana podemos afirmar ainda que o homem não pode ser considerado como meio para realização da vontade de terceiros, devendo em todas as suas ações, ainda que se dirijam a ele próprio, ser considerado sempre como um fim.⁶⁷

Dessa forma, não é aceitável, diante do atual arcabouço constitucional, que o militar, ao ser condenado, sirva de “exemplo” para preservação da hierarquia e disciplina nas FFAA, na velha máxima “de quanto pior, melhor”.

⁶⁴ . FRANCO, Alberto Silva, *Crimes Hediondos– 6 ed. ver., atual. e ampl.* – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

⁶⁵ . SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000

⁶⁶ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 20.

⁶⁷ KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007, p. 67/68.

Tampouco há justificativa razoável para entender que a progressão de regime no cumprimento das penas, bem como o início do cumprimento em regime diverso do fechado, ou acesso aos demais benefícios previstos pela lei de execução penal, são capazes de infirmar ou menosprezar os valores regentes das FFAA, conforme já registrado no presente trabalho.

A ausência de previsão sobre o sistema progressivo na legislação castrense desrespeita, portanto, os princípios constitucionais já expostos, tratando o militar, indivíduo que é, como um meio para atingir um fim, descaracterizando o caráter ressocializador da pena e adotando um caráter exclusivamente retributivo a ela, haja vista não dar perspectivas de readaptação gradual ao convívio social com a execução da pena, retirando praticamente do preso sua personalidade e excluindo-o totalmente da sociedade até o momento de devolvê-lo diretamente à ela.

O jurista Norberto Avena também se manifesta pela possibilidade da progressão de regime aos militares que cumprem pena em estabelecimento penal militar:

Os militares, mesmo cumprindo a pena privativa de liberdade em unidade militar, possuem direito à progressão de regime, eis que não foram excluídos da garantia constitucional da individualização da pena. Conforme já deliberou o Supremo Tribunal Federal, 'a Constituição Federal de 1988, quando quis tratar por modo diferenciado os servidores militares, o fez explicitamente. Por ilustração, é o que se contém no inciso LXI do art. 5º do Magno Texto, a saber: 'Ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei'. Nova amostragem está no preceito de que 'não caberá *habeas corpus* em relação a punições disciplinares militares' (§ 2º do art. 142). Isso sem contar que são proibidas a sindicalização e a greve por parte do militar em serviço ativo, bem como a filiação partidária (incisos IV e V do § 3º do art. 142) (AVENA, 2017, p. 238)'.⁶⁸

Nas palavras do eminente Ministro Carlos Ayres Brito, aos militares, como indivíduos que são não foram subtraídas as garantias constitucionais da individualização da pena, dentre outras já citadas, principalmente em tempos de paz. Prossegue ao afirmar que quando a CF/88 quis tratar de modo diferenciado os militares,

⁶⁸ AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Execução Penal: Esquematizado. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017. E-book. P. 238

o fez explicitamente. Por ilustração, é o que se contém no inciso LXI do art. 5º do Magno Texto, a saber: “ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”. Nova amostragem está no preceito de que “não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares” (§ 2º do art. 142). Isso sem contar que são proibidas a sindicalização e a greve por parte do militar em serviço ativo, bem como a filiação partidária (incisos IV e V do § 3º do art. 142).⁶⁹

Seguindo essa linha de pensamento o eminente Ministro Celso de Melo, decano da excelsa Corte, consignou que a doutrina penal, pronunciando-se a respeito do tema em referência, esclarece que, dada a omissão da legislação penal militar sobre as regras disciplinadoras do regime de cumprimento de pena privativa de liberdade, impõe-se, nos termos do art. 3º do CPPM, a aplicação do Código Penal comum, na parte em que dispõe sobre as modalidades de execução progressiva da pena⁷⁰.

Ou seja, para o Ministro Decano, apoiando-se em relevante posição doutrinária, não só a progressão de pena é cabível, como também deve ser afastada a fixação, de forma automática e apriorística, do regime inicial fechado para início do cumprimento da pena privativa de liberdade para os militares que cumprem pena em estabelecimentos penais militares. No mesmo sentido já se pronunciou o C. STJ:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. EXECUÇÃO DA PENA EM ESTABELECIMENTO PENAL MILITAR. PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO CASTRENSE. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO SUBSIDIARIA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL NOS CASOS OMISSOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS EXAMINADOS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA.

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

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

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

⁶⁹ HC 104.174/RJ

⁷⁰ HC 148877/AM

postulados infraconstitucionais atrelados ao princípio da individualização da pena.

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

V. Deve ser cassado o acórdão combatido para reconhecer o direito do paciente ao benefício da progressão de regime prisional, restabelecendo-se a decisão do Juízo de 1º grau, que verificou a presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei e fixou as condições para o cumprimento da pena no regime mais brando. VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (HABEAS CORPUS Nº 215.765 - RS (2011/0191919-0) RELATOR :MINISTRO GILSON DIPP)

Vê-se então, que tendo por base o Estado Democrático de Direito, pautado na dignidade da pessoa humana, ao pensarmos nas finalidades das penas, não devemos as considerar somente em seus aspectos lógicos, filosóficos ou metafísicos, mas construí-los como unidades funcionais à consecução de propósitos, teleologicamente, conforme a visão constitucional de assegurar a eliminação das diferenças, especialmente sociais, que inevitavelmente são criadas com a sujeição do indivíduo ao cárcere⁷¹.

Segundo Zafaroni (2012, p.317 *apud* Casara), toda privação de liberdade prolongada acarreta para o indivíduo a perda da dinâmica cultural e tecnológica externa, uma vez que sai do cárcere para “*um mundo que não é o que conhecia, tal como um Robinson Crusóé que volta a civilização*”. Por tais razões, o sistema progressivo de regime foi instituído, com vistas à reinserção gradativa do condenado ao convívio social⁷².

Mostra-se contrária, portanto, ao texto constitucional vigente, a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade sob regime integralmente, ou mesmo inicialmente, fechado para os militares que cumprem pena em estabelecimento penal militar, seja pelo invocado fundamento da falta de previsão legal na lei especial, seja pela necessidade do resguardo da segurança ou do respeito à hierarquia e à disciplina no âmbito castrense, seja por qualquer outro motivo.

3. CONCLUSÃO

⁷¹ Shecaira, Sérgio Salomão. Criminologia: Um Estudo das Escolas Sociológicas. Estúdio Editores, 2013, p.20.

⁷² Rubens R.R. Prisão e Liberdade. Estúdio Editores, 2013, p. 42.

Por todo o exposto no presente articulado, observa-se que não podem ser negadas ou subtraídas garantias fundamentais aos condenados, ainda que militares, quando tais restrições não foram impostas pela Carta Maior, sendo certo que toda e qualquer interpretação, especialmente na aplicação de institutos penais restritivos de direitos, deve partir da Constituição para a legislação ordinária e não o inverso.

Em definitivo, e à vista do aqui defendido, percebe-se que a individualização da pena na fase executória em nada contraria os princípios da hierarquia e disciplina tão caros às FFA, pois não se vislumbra em que medida um condenado que cumpra a sua sanção criminal em regime diverso do fechado possa violar a hierarquia e disciplina, desde que observe e cumpra os deveres inerentes aos respectivos regimes prisionais. Ao contrário, ao se comportar em estrita observância às disposições legais sobre a forma de cumprimento da pena, demonstra o militar que está apto ao retorno à vida em sociedade.

Conclui-se, portanto, que as disposições previstas na legislação ordinária sobre o cumprimento da pena, especialmente o quanto previsto na LEP, devem ser observadas pela Justiça Militar naquilo que for omissa a Lei castrense ou naquilo em que esta afronta os princípios insculpidos na Constituição da República, como corolário da máxima efetividade das garantias constitucionais do indivíduo, dimensões elementares do princípio da dignidade da pessoa humana e da individualização da pena, cânones essenciais do Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

AVENA, Norberto Cláudio Pâncaro. Execução Penal: Esquematizado. 4. ed. atual. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2017.

COMPARATO, Fábio Konder. A afirmação histórica dos direitos humanos. São Paulo: Saraiva, 1999.

FRANCO, Alberto Silva, Crimes Hediondos– 6 ed. ver., atual. e ampl. – São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela - Lisboa: Edições 70, 2007.

MARREIROS, Alves Adriano. ROCHA, Guilherme, FREITAS, Ricardo. Direito Penal Militar. Teoria Crítica & Prática. Ed. Método. 2015.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. Manual de direito penal militar. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Militar Comentado. 2ª ed. Editora Forense. 2014.

ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha; RIBEIRO, Micheline Barboza Balduino. A Progressão do Regime nos Crimes Militares ante as relações especiais de sujeição. 2016. Disponível em: <https://www.stm.jus.br/images/Not%C3%ADcias/min_elizabeth-progressao_regime_crimes.pdf>. Acesso em: 31 julho. 2020.

102

RUBENS R.R. Prisão e Liberdade. Estúdio Editores, 2013.

SARMENTO, Daniel. A ponderação de interesses na Constituição. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2000.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. Criminologia: Um Estudo das Escolas Sociológicas. Estúdio Editores, 2013.

[TOLEDO](http://www.conjur.com/interrogatorio-processo-penal-militar-feito-fim-instrucao), João Roberto de. Interrogatório deve se dar ao final da Instrução. 2011. Disponível em <http://www.conjur.com/interrogatorio-processo-penal-militar-feito-fim-instrucao>. Acesso em 29 de julho. 2020.

A APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA EM CASOS ENVOLVENDO CASAIS DE POLICIAIS MILITARES DA ATIVA OCORRIDO EM LOCAL NÃO SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR

Murilo Oliveira de Carvalho⁷³

103

RESUMO: Este trabalho tem como finalidade discutir a aplicação da Lei Maria da Penha nos casos de violência doméstica envolvendo casais de policiais militares da ativa, ocorrido em local não sujeito à administração militar. A análise se faz necessária em razão da previsão contida no art. 9º, II, alínea “a” do Código Penal Militar, que delimita a competência da Justiça Militar para julgar os crimes contidos na norma repressora castrense e na legislação penal quando as partes envolvidas são militares da ativa.

PALAVRAS CHAVES: Lei Maria da Penha. Proteção à Mulher. Código Penal Militar.

SUMÁRIO: 1. Introdução; 2. A Violência contra a Mulher; 2.1 A Lei Maria da Penha; 2.2 Competência para Julgamento; 3. Crimes Militares; 3.1 Conceito de Crime Militar; 3.2 Crimes Contra a Mulher no Código Penal Militar e Competência para Julgamento; 4. Aplicação da Lei Maria da Penha em casos envolvendo casais de policiais militares da ativa; 5. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

A violência praticada contra a mulher no ambiente doméstico, infelizmente, ainda é uma realidade em muitos lares brasileiros, independente do grau de instrução ou renda do casal. O Estado, diante deste cenário, não poderia ficar inerte.

Assim, obedecendo ao preceito constitucional de proteção à família e combate à violência contra a mulher, foi editada a Lei nº 11.340/06, conhecida como Lei Maria da Penha. Esta, mesmo sem criar, no ato da sua promulgação, um novo tipo penal, trouxe inovações normativas que proporcionaram maior proteção à mulher vítima de violência doméstica, além de medidas mais severas em desfavor dos agressores.

De importância imensurável, o referido diploma normativo, que visa proteger a mulher vítima de violência doméstica, suscita a discussão a respeito da sua aplicabilidade para situações em que envolvam policiais militares da ativa e, sendo possível, como isso seria operado pela Justiça Militar.

⁷³ Capitão da PMBA. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-graduado em Ciências Criminais pela Faculdade Baiana de Direito.

Conforme será delineado nas linhas abaixo, tal situação gera a dúvida se haveria a configuração de um crime comum ou um crime militar e, com isso, se seria ou não aplicada Lei Maria da Penha, caso a violência ocorra em local não sujeito à administração militar.

O debate merece atenção em virtude da previsão contida no art. 9º, II, alínea “a” do Código Penal Militar (CPM), que delimita a competência para julgamento da causa como pertence à Justiça Militar, afastando, deste modo, a jurisdição comum.

Para uma melhor abordagem do tema, se faz necessário, de forma preliminar, uma sucinta exposição sobre a violência doméstica, bem como do conceito de crimes militares, vindo, em seguida, a reflexão sobre a aplicabilidade ao não da lei penal militar em casos desta natureza.

2. A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

A violência contra a mulher, mesmo que tardiamente, se inseriu no amplo debate político-jurídico-social do país. Tamanha preocupação merece atenção por atingir, indistintamente, diversos ambientes familiares, independente de renda familiar ou grau de instrução. Assim, a violência contra a mulher tem que ser analisada sob o prisma da saúde pública, com reflexos também na violação aos direitos humanos.

Para se ter uma dimensão do problema, de acordo com o levantamento feito pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 263.067 casos de violência doméstica foram registrados no país no ano de 2018. Neste mesmo ano, também chama a atenção o número de mulheres vítimas do crime de feminicídio, cuja somatória representa o total de 1.026.

No Brasil, o marco jurídico mais relevante no combate à violência contra a mulher, sem dúvidas, é a Lei nº 11.340/06, sancionada em agosto de 2006, a famigerada Lei Maria da Penha. Contudo, não se pode falar do instrumento normativo em si sem antes abordar o contexto histórico que culminou na edição da citada norma.

Em 1994, o Brasil sediou o fórum internacional que aprovou a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, também conhecida como Convenção de Belém do Pará (GUIMARÃES, 2009, p. 14). Apesar da aprovação da convenção, o Brasil, de imediato, não adotou ações políticas efetivas de combate à violência contra a mulher.

Medidas concretas somente foram tomadas com a exposição do trágico evento envolvendo Maria da Penha Fernandes, ocorrido em 1983. Vítima de diversas agressões praticadas por seu próprio marido, incluindo uma tentativa de homicídio, Maria da Penha conseguiu sobreviver, todavia as lesões praticadas afetaram a sua mobilidade, deixando-a paraplégica.

O fato em questão demorou 15 anos para ser julgado pela justiça brasileira, motivo este que resultou no Relatório nº 54/2001, elaborado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos da OEA, que entendeu pela responsabilidade do Estado Brasileiro por omissão, visto o não cumprimento do art. 7º da citada Convenção de Belém do Pará⁷⁴.

Além deste dispositivo, o relatório indicou que o Brasil também não cumpriu os artigos 1º, 8º e 25 da Convenção Americana de Direitos Humanos que estabelecem os deveres dos Estados, as garantias judiciais e a proteção judicial.

Entre as recomendações do relatório estava a de “*simplificar os procedimentos judiciais penais a fim de que possa ser reduzido o tempo processual, sem afetar direitos e garantias do devido processo legal*”, assim como o “*estabelecimento de formas alternativas às judiciais, rápidas e efetivas de solução de conflitos intrafamiliares, bem como de sensibilização com respeito à sua gravidade e às consequências penais que gera*”.

A demora na positivação de medidas mais efetivas evidenciou que o Estado brasileiro não deu a atenção devida ao compromisso firmado na referida

⁷⁴ Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

- a. abster-se de qualquer ato ou prática de violência contra a mulher e velar por que as autoridades, seus funcionários e pessoal, bem como agentes e instituições públicos ajam de conformidade com essa obrigação;
- b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;
- c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;
- d. adotar medidas jurídicas que exijam do agressor que se abstenha de perseguir, intimidar e ameaçar a mulher ou de fazer uso de qualquer método que danifique ou ponha em perigo sua vida ou integridade ou danifique sua propriedade;
- e. tomar todas as medidas adequadas, inclusive legislativas, para modificar ou abolir leis e regulamentos vigentes ou modificar práticas jurídicas ou consuetudinárias que respaldem a persistência e a tolerância da violência contra a mulher;
- f. estabelecer procedimentos jurídicos justos e eficazes para a mulher sujeitada a violência, inclusive, entre outros, medidas de proteção, juízo oportuno e efetivo acesso a tais processos;
- g. estabelecer mecanismos judiciais e administrativos necessários para assegurar que a mulher sujeitada a violência tenha efetivo acesso a restituição, reparação do dano e outros meios de compensação justos e eficazes;
- h. adotar as medidas legislativas ou de outra natureza necessárias à vigência desta Convenção.

convenção, desobedecendo, desta maneira, o preceito contido no art. 5º, § 2º da CF.

Diante do trágico ocorrido, Maria da Penha Fernandes tornou-se um símbolo da luta contra a violência contra a mulher, tendo o seu nome servindo de batismo da Lei nº 11.340/06.

2.1. A LEI MARIA DA PENHA – LEI Nº. 11.340 DE 07 DE AGOSTO DE 2006

A Lei Maria da Penha conseguiu proporcionar uma mudança na história de impunidade nos casos de violência contra a mulher. O primeiro dado relevante sobre essa norma é a penetração dela nas mais diversas camadas da população. Segundo pesquisa apoiada pela [Campanha Compromisso e Atitude](#), em parceria com a [Secretaria de Políticas para as Mulheres da Presidência da República](#), 98% da população brasileira já ouviu falar na Lei Maria da Penha e 70% consideram que a mulher sofre mais violência dentro de casa do que em espaços públicos no Brasil. O dado em questão se mostra bastante positivo em face do pouco conhecimento que o povo brasileiro possui sobre as normas vigentes no país.

Com tamanha repercussão na sociedade, a sua edição completou o sistema de normatizações do programa constitucional de combate à violência doméstica, disposto no art. 226, §8º, da CF⁷⁵. Antes, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/90) e o Estatuto de Idoso (Lei nº 10.741/03) marcaram o início da positivação no ordenamento jurídico nacional.

Logo de pronto, a Lei Maria da Penha, conforme está previsto no art. 1º, apresenta como sua finalidade criar “*mecanismos para coibir e prevenir a violência doméstica e familiar contra a mulher*”, além de estabelecer “*medidas de assistência e proteção às mulheres em situação de violência doméstica e familiar*”.

Estas finalidades são efetivadas, em especial, por meio de medidas que aproximam a mulher vítima de violência ao poder público. A implementação de atendimento policial especializado para as mulheres, em particular nas

⁷⁵ Art.226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[...]

§ 8º. O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações.

Delegacias de Atendimento à Mulher, amplamente difundida no país, é um exemplo disso.

Na Bahia, de forma inovadora, a Polícia Militar (PMBA) criou a Ronda Maria da Penha quem tem por objetivo assistir, com a realização de visitas periódicas, mulheres vítimas de violência doméstica. O trabalho da PMBA, iniciado em 2015, já rende frutos positivos na vida das vítimas.

Além destas medidas de cunho policial, a Lei Maria da Penha, no art. 41, afasta a aplicação da Lei nº. 9.099/95, retirando os casos de violência contra a mulher da apreciação dos Juizados Especiais, independentemente da pena prevista para o crime praticado. O objetivo, neste caso, é não permitir que medidas brandas sejam tomadas contra os agressores, dificultando a reincidência do ato praticado.

O instrumento normativo também estabelece, nos art. 8º, 9º, 18, 22, 23 e 24, medidas protetivas a serem adotadas, a depender do caso concreto, visando proteger a integridade física e patrimonial da vítima. Para dar suporte aos procedimentos judiciais em questão, a lei indica a criação de varas especializadas de combate à violência doméstica que, certamente, proporciona maior efetividade aos enunciados normativos.

Assim, verifica-se que a Lei Maria da Penha inseriu no ordenamento jurídico uma nova política criminal, com efeitos diretos na lei penal e no processo penal, além de estabelecer medidas protetivas e de tratamento da mulher seviciada (GUIMARÃES, 2009, p. 22).

2.2. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO

A violência doméstica praticada contra a mulher, conforme previsão da Lei nº 11.340/06, pode gerar efeitos tanto na esfera cível, quanto na esfera penal. No primeiro caso, os processos se referem às medidas protetivas de urgência, visando salvaguardar bens jurídicos não abrigados pela norma repressora penal.

No que concerne à esfera penal, o Código de Processo Penal (CPP), como regra, fixa a competência para julgamento com base no local onde ocorreu o fato (art. 69 ao 91). Entretanto, independente do crime praticado, se exclui a competência dos juizados especiais, em razão da vedação contida na Lei Maria da Penha. Assim, os delitos desta natureza devem ser julgados nos Juizados Especializados de Violência Doméstica contra a Mulher, criados através da Lei

nº 11.340/06, ou nas Varas Criminais nos locais onde não houver o juízo especializado.

Em contraponto a esta previsão normativa, na situação discutida neste trabalho, temos a justiça castrense, cuja competência está positivada no Código Penal Militar.

3. CRIMES MILITARES

Alguns povos civilizados da antiguidade (e.g. Persas, Macedônios, Atenienses), conforme demonstram as evidências históricas, já tinham a noção a respeito de certos delitos militares. Nesses ordenamentos, ressalte-se, já havia a previsão de que nos casos de violação à norma castrense, os militares seriam julgados por outros, especialmente em tempos de guerra (LOUREIRO NETO, 2010, p. 03).

Todavia, foi somente em Roma que o Direito Militar ganhou corpo, passando a ser visto como instituição jurídica mais sólida (MINANI, 2019). Séculos mais tarde, com o advento da Revolução Francesa, foram estabelecidos os princípios da jurisdição militar moderna, passando a se estabelecer o foro em razão das pessoas e da matéria (LOUREIRO NETO, 2010, p. 04).

No Brasil, a legislação penal militar deu seus primeiros passos em 1763, com a aprovação dos Artigos de Guerra do Conde de Lippe (MINANI, 2019). Mais adiante, por meio do Alvará de 21 de abril de 1808, foi criado o Conselho Supremo Militar. A partir de então, sucessivas inovações normativas foram implementadas até a publicação do Decreto-Lei nº 1.001/69 (Código Penal Militar), vigente até os dias atuais.

3.1. O CONCEITO DE CRIME MILITAR

O Direito Penal Militar, em linhas gerais, tutela valores intrínsecos às organizações militares, tais como a hierarquia e disciplina. Ao definir crime militar, Jorge Cesar de Assis ensina que este “*é toda violação acentuada ao dever militar e aos valores das instituições militares*” (ASSIS, 2007, p. 42).

De modo mais completo, NEVES e STREFINGER expõem:

O Direito Penal Militar consiste no conjunto de normas jurídicas que têm por objeto a determinação de infrações penais, com suas consequentes medidas coercitivas em face da violação, e, ainda, pela

garantia dos bens juridicamente tutelados, mormente a regularidade de ação das forças militares, proteger a ordem jurídica militar, fomentando o salutar desenvolver das missões precípuas atribuídas às Forças Armadas e às Forças Auxiliares.

Como forma de positivar a tutela a estes bens jurídicos, o Código Penal Militar (CPM) estabeleceu as situações em que se verifica a violação aos valores e o prejuízo para as missões precípuas das Forças Armadas, hipóteses em que a competência para julgamento pertence à Justiça Castrense.

Sobre esta competência, cabe registrar que por meio da Lei nº. 13.491/17, o rol de crimes passíveis de julgamento pela Justiça Militar foi ampliado, abarcando, também, aqueles previstos nas demais normas repressoras penais, desde que cometidos sob as circunstâncias estabelecidas no art. 9º do CPM.

Esta modificação normativa em específico não atinge, a princípio, diretamente o fato analisado neste trabalho, visto que os delitos violentos cometidos contra a mulher, sejam físicos ou psicológicos, possuem previsão no CPM, a exemplo da lesão corporal, cárcere privado e ameaça. Assim, a discussão já possuía relevância antes da entrada em vigor da Lei nº. 13.491/17.

No Código Penal Militar foi adotado o critério conceitual do *ratione legis* e enumeradas, taxativamente, as situações que configuram crime militar. Porém, por uma opção do legislador, não houve definição propriamente dita do que seria essa espécie de delito. (LOUREIRO NETO, 2010, p. 17)

De forma bastante clara, citando Ivo D'Aquino, Jorge César de Assis, em artigo sobre crime militar e crime comum, traz a seguinte lição a respeito do assunto:

Na expressão do autor do anteprojeto, o Professor Ivo d'Aquino, 'para conceituar o crime militar em si, o legislador adotou o critério *ratione legis*, isto é, crime militar é o que a lei considera como tal. Não define: Enumera. Não quer isto dizer que não haja cogitado dos critérios doutrinários *ratione personae*, *ratione loci*, ou *ratione numeris*. Apenas não estão expressos. Mas o estudo do art. 9º do Código revela que, na realidade, estão todos ali contidos'.

Como explicitado, o CPM elenca, taxativamente, as situações que podem ser considerados crimes militares, os quais, como dito acima, tiveram seu rol ampliado com a recente modificação legislativa promovida pela supracitada Lei nº. 13.491/17. Para melhor classificar e valorar os delitos, o legislador separou

os que podem ser cometidos em tempos de paz (art. 9º) daqueles que são praticados nos tempos de guerra (art. 10)⁷⁶.

Tempos de paz, felizmente, é o momento atual, período em que não há confronto armado entre o Brasil com outras nações. Tempos de guerra, em contraponto, é o período em que o país está em guerra declarada com outro, sendo a reprimenda penal militar muito mais severa, havendo a previsão, inclusive, da pena de morte.

⁷⁶ Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

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

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: ([Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017](#))

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

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

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

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

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

f) revogada. ([Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996](#))

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

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

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

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

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

§ 1º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares contra civil, serão da competência do Tribunal do Júri. ([Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017](#))

§ 2º Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, serão da competência da Justiça Militar da União, se praticados no contexto: ([Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017](#))

I – do cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; ([Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017](#))

II – de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante; ou ([Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017](#))

III – de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma dos seguintes diplomas legais: ([Incluído pela Lei nº 13.491, de 2017](#))

a) [Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986](#) - Código Brasileiro de Aeronáutica; ([Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017](#))

b) [Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999](#); ([Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017](#))

c) [Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969](#) - Código de Processo Penal Militar; e ([Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017](#))

d) [Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965](#) - Código Eleitoral. ([Incluída pela Lei nº 13.491, de 2017](#))

Os crimes militares também se subdividem em próprios, impróprios e por extensão. O primeiro diz respeito ao rol de crimes previstos exclusivamente no CPM, somente podendo ser praticado por militar, com exceção do crime de insubmissão, que só pode ser cometido por civil (ASSIS, 2007, p. 43).

Os impróprios são aqueles que estão previstos de igual forma na lei penal comum e no Código Penal Militar. Estes, por um artifício legal, tornam-se militares por se enquadrarem em uma das hipóteses previstas no art. 9º, II do CPM (ASSIS, 2007, p. 43).

Por fim, temos os crimes militares por extensão, que são aqueles que por decorrência da Lei 13.491/17 tiveram sua competência para julgamento deslocada para a Justiça Militar, quando as circunstâncias da prática delitiva se enquadram nas possibilidades taxativamente descritas no art. 9º do CPM.

Deste modo, verifica-se que o CPM, ao estabelecer as circunstâncias em que determinados crimes são classificados como militares, abrange todas as situações em que as organizações militares são afetadas na sua essência.

3.2. CRIMES CONTRA A MULHER NO CÓDIGO PENAL MILITAR E COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO

Nas últimas décadas, as Forças Armadas e as Polícias Militares passaram a ter mulheres em seus quadros. Esta inovação, sem sobra de dúvidas, trouxe benefícios imensuráveis para as instituições militares, pois possibilitou a presença de mulheres competentes e vocacionadas para a atividade em que antes eram excluídas pela questão de gênero.

Assim, as mulheres passaram a fazer parte da rotina dos quartéis, qualificando e melhorando o serviço prestado à sociedade. Com a presença feminina no ambiente de trabalho, mais do que natural que surjam daí relações conjugais entre membros das Forças Armadas e forças policiais.

E, infelizmente, como ocorre em todas as camadas sociais e culturais da sociedade, a violência doméstica contra a mulher também mostra sua face. A prática de lesões corporais contra a companheira, por exemplo, ainda não é uma prática extinta, seja no meio civil ou militar. A reprovável violência, sendo ambos militares da ativa, se encaixa na previsão contida no art. 209 do CPM, que tipifica a lesão corporal, adequando a pena à gravidade do ato.

O caso hipotético em questão, tratando-se de crime militar impróprio, pois existe igual previsão no Código Penal, se adequa perfeitamente no art. 9º, inciso

II, alínea “a” do CPM. Deste modo, a conduta seria classificada, a priori, como crime militar, mesmo que ocorra em local não sujeito à administração militar.

Pertencendo ao rol de delitivo do código castrense, a Constituição Federal, no seu art. 124, ensina que compete à Justiça Militar a competência para seu julgamento dos crimes militares⁷⁷.

No caso específico dos policiais militares, a Carta Magna esclarece, no art. 125, §4º, que no caso do envolvimento de policiais militares da ativa como vítima e autor, numa rasa análise, seria de competência da Justiça Militar Estadual⁷⁸.

Todavia, por se tratar de um crime cometido contra a mulher no ambiente doméstico, ou seja, em local não sujeito à administração militar, a discussão não pode se limitar à análise do Código Penal Militar.

4. APLICAÇÃO DA LEI MARIA DA PENHA EM CASOS ENVOLVENDO CASAS DE POLICIAIS MILITARES DA ATIVA

Ultrapassada a parte expositiva sobre a legislação castrense e a Lei Maria da Penha, é de fácil percepção que a primeira tem suas bases fincadas no espírito militar, enquanto a segunda possui na sua essência a proteção à mulher.

Assim, apesar de extremamente relevante nos quartéis, os valores militares não possuem nenhuma relação com o ambiente familiar, pois no lar não se faz presente a hierarquia e disciplina militar. Lá, certamente, só existe a relação entre cônjuges, sem quaisquer resquícios das atividades da caserna.

Em contraponto, ao analisarmos a Lei Maria da Penha vemos que ela foi elaborada com o fim específico de proteção à mulher vítima de violência doméstica. No seu corpo, estão sedimentados os ditames para assegurar a eficácia da norma penal no ambiente familiar, dando maior rigidez na reprimenda penal.

⁷⁷ Art. 124. à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

⁷⁸ Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

[...]

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

Um exemplo é a inserção do §9º, no art. 129 do Código Penal (CP), onde se aumenta a pena imposta quando a lesão corporal é praticada contra a mulher no ambiente doméstico, além da Lei Maria da Penha vedar penas pecuniárias aos agressores.

Tal alteração, vale registrar, somente contemplou o CP, ficando a lei penal castrense sem este endurecimento normativo. Com isso, tratando do caso hipotético de lesões corporais, crime impropriamente militar, não seria possível, no âmbito castrense, a aplicação de um agravante previsto num parágrafo do CP cujo mesmo tipo já tem previsão no CPM.

Desta maneira, a utilização do CPM impossibilitaria a aplicação de uma pena mais dura ao autor, contrariando a vontade legislativa quando da elaboração da lei Maria da Penha.

Portanto, a norma a ser aplicada em caso de violência doméstica contra a mulher, sem sobra de dúvidas, deve ser a lei penal comum, regida pelos ditames procedimentais da Lei Maria da Penha. O Código Penal Militar fica, neste caso específico, afastado, pois o critério para escolha da norma deve se atentar para os bens jurídicos tutelados e a *mens legis* da norma.

Diferente, entretanto, é o entendimento do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo sobre o assunto:

Recurso Inominado Ministerial – Pedido para remessa dos autos à Justiça Comum indeferido pelo Juiz de piso – Violência doméstica praticada por policial militar contra policial militar, ambos na ativa e de folga, no interior da residência do casal – Independentemente do motivo da agressão, do local da ocorrência, de estarem agente e vítima na ativa ou não ou, ainda, de serviço ou de folga, o crime é militar e a competência para processamento e julgamento do caso é da Justiça Militar estadual – Recurso Inominado improvido.
(TJ-MSP 0002792018, Relator CLOVIS SANTINON, Data de Julgamento: 07/02/2019, 2ª Câmara)

Na fundamentação, dentre outros aspectos, foi citada decisão do E. Ministro Dias Toffoli no HC 125836/SP, cuja ementa possui o seguinte teor:

EMENTA. Habeas corpus. Processual Penal Militar. Ameaça (CPM, art. 223, caput) praticada por militar contra militar em situação de atividade em local sujeito à administração militar. Crime militar caracterizado. Competência da Justiça Castrense (CPM, art. 9º, inciso II, alínea a). Precedentes. Ordem denegada. 1. O crime praticado por militar contra militar em situação de atividade em lugar sujeito à administração militar, inevitavelmente, atrai a competência da Justiça Castrense, por força do art. 9º, inciso II, alínea a, do Código Penal Militar. Precedentes. 2. Ordem denegada. **(grifamos)**

Assim, verifica-se que o caso julgado pela Suprema Corte está fora do recorte temático deste trabalho, tendo em vista que a situação analisada tratava-se de crime cometido em local sujeito à administração militar, não podendo, desta maneira, servir como embasamento jurisprudencial para o caso em tela. Todavia, insta frisar que o julgado proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo vai de encontro ao quanto defendido nas linhas anteriores.

5. CONCLUSÃO

Como se verificou nas linhas anteriores, o presente estudo chegou à conclusão que para a aplicação plena da vontade legislativa de proteção à mulher, principalmente no que concerne ao endurecimento da pena, deve ser aplicada a norma penal comum nos casos de violência doméstica entre policiais militares da ativa, ocorrido em local não sujeito à administração militar.

Cabe asseverar, ainda, que o militar responderá pelo fato também na esfera administrativa, concomitantemente ao processo penal, cabendo à Corporação a decisão sobre as medidas internas a serem tomadas, pois as esferas penal e administrativa são independentes.

Destaca-se que, nestes casos, a exceção à independência administrativa frente à penal ocorre quando a sentença penal absolver o réu por inexistência do fato ou negativa de autoria. Porém, se faz necessário registrar que a absolvição por ausência de culpabilidade penal ou por insuficiência de provas não gera efeitos vinculantes na esfera administrativa.

Por fim, há que se registrar o Brasil tem uma das legislações mais avançadas no combate à prática de violência física, psicológica, sexual, patrimonial e moral contra a mulher, não havendo justificativa legal para o afastamento desta legislação em prol de um instrumento normativo que está vinculado às atividades iminentemente militares.

REFERÊNCIAS

ALVES, Pedro Paulo Pereira. [Os crimes cometidos à luz da Lei nº 11.340/06 \(Lei Maria da Penha\) envolvendo militares cônjuges e os seus reflexos na jurisdição e na administração militares](#). **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 16](#), n.

[2878, 19 maio 2011](https://jus.com.br/artigos/19143). Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/19143>. Acesso em: 15 ago. 2020.

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores**. 6. ed. Curitiba: Juruá Editora, 2007.

ASSIS, Jorge Cesar de. **Crime Militar e Crime Comum**. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF: 15 ago 2020. Disponível em: <https://conteudojuridico.com.br/consulta/artigos/16603/crime-militar-e-crime-comum>. Acesso em: 15 ago 2020.

115

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acessado em: 12 ago. 2020.

_____. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Código Penal**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Rio de Janeiro, 31 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm. Acessado em: 12 ago. 2020.

_____. Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 21 out. 1969. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001Compilado.htm. Acessado em: 12 ago. 2020.

_____. Lei n. 11.340, de 07 de agosto de 2006. **Lei Maria da Penha**. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 07 ago. 2006. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11340.htm. Acessado em: 12 ago. 2020.

_____. **Alvará de 1º de abril de 1808**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/alv/1808/alv-1-4-1808-1.html. Acessado em: 12 ago. 2020.

Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório Anual 2000. Relatório N° 54/01. Caso 12.051 Maria Da Penha Maia Fernandes, Brasil, 4 de abril de 2001.

Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/299_Relat%20n.pdf>. Acessado em: 12 ago. 2020.

Convenção de Belém do Pará (1994). Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/m.Belem.do.Para.htm>>. Acessado em: 12 ago. 2020.

GUIMARÃES, Issac Sabbá; MOREIRA, Rômulo de Andrade. **A Lei Maria da Penha: Aspectos Criminológicos, de política criminal e de procedimento penal.** Salvador: Editora Juspodivm, 2009.

LIMA, Paulo Marco Ferreira. **Violência Contra a Mulher: o homicídio privilegiado e a violência doméstica.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

Mapa de Violência Contra a Mulher 2018. Disponível em: <<https://forumseguranca.org.br/estatisticas/>>. Acessado em: 15 ago. 2020.

MINANI, Ademir Antônio. **Noções de Direito Militar: reflexos da Lei 13.491/17** [recurso eletrônico]/Ademir Antônio Minani. E-Book – 2. ed. – Olímpia: Edição do Autor, 2019.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STRIFINGER, Marcello. **Manual de Direito Penal Militar.** [recurso eletrônico] E-Book – 2. ed - São Paulo: Saraiva, 2014.

[Pesquisa Percepção da Sociedade sobre Violência e Assassinatos de Mulheres \(Data Popular/Instituto Patrícia Galvão, 2013\).](http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/08/livro_pesquisa_violencia.pdf) Disponível em: <http://www.compromissoeatitude.org.br/wp-content/uploads/2013/08/livro_pesquisa_violencia.pdf>. Acessado em: 12 ago. 2020.

RONDA MARIA DA PENHA. Disponível em: <<http://www.mulheres.ba.gov.br/modules/conteudo/conteudo.php?conteudo=36>>. Acessado em: 12 ago. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. HC 125836 SP – SÃO PAULO 0001010.05.2014.1.00.0000, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, data de julgamento 03/03/2015, Primeira Turma, Data de Publicação DJe-083 06-05-2015. **JusBrasil**, 2015. Disponível em: < <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/863954480/habeas-corpus-hc-125836-sp-sao-paulo-0001010-0520141000000/inteiro-teor-863954490?ref=serp>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. 0002792018, Relator CLOVIS SANTINON, Data de Julgamento: 07/02/2019, 2ª Câmara. **JusBrasil**, 2019. Disponível em: < <https://tjm.sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/676498176/2792018/inteiro-teor-676498179>>. Acesso em: 15 ago. 2020.

A APLICAÇÃO DO ART. 28 DA LEI 11.343/2006 AO CRIME MILITAR DE PORTE/CONSUMO DE DROGAS

THE APPLICATION OF ART. 28 OF LAW 11.343/2006 TO THE MILITARY CRIME OF DRUG CARRY/ CONSUMPTION

Rosiris Oliveira da Costa Dias⁷⁹

118

RESUMO: O presente artigo busca, a partir de uma breve análise da evolução da lei penal referente à criminalização das drogas no Brasil, dos Tratados Internacionais que o Brasil é signatário e, principalmente, da mudança de paradigma em relação à definição de crime militar ocorrida com a reforma do Código Penal Militar (CPM) pela Lei 13.491/2017, demonstrar que o art. 290 do CPM está tacitamente revogado, razão pela qual deve ser aplicado o art. 28 da Lei 11.343/2006 aos usuários de drogas.

PALAVRAS-CHAVE: Drogas. Militar; Usuário de drogas; Revogação; art. 290 CPM.

ABSTRACT: *This paper presents a focused analysis of the evolution of the Brazilian Penal Law on Drug criminalization, the international treaties to which Brazil is a signatory, and the paradigm shift related to the definition of the term 'military crime' after the Military Penal Code (CPM) reform, Law 13.941/2017. Thereupon, demonstrating that the art. 290 of the CPM is tacitly revoked, which is why art. 28 of the Law 11.343/2006 should be applied to the drug users.*

KEYWORDS: *Drugs; Military; Drug User. Revocation; CPM art. 290.*

1. INTRODUÇÃO

O Código Penal Militar (CPM), Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969, entrou em vigor em plena ditadura militar no Brasil e, apesar de ter introduzido institutos progressistas à época, só posteriormente previstos pela legislação penal comum, possui alguns de seus dispositivos defasados, marcados por grande rigidez para os dias atuais, não apenas em razão da natural evolução da sociedade após décadas de sua vigência, mas também pelo contexto histórico em que foram produzidos.

⁷⁹ Bacharela em Direito pela Universidade Salvador - UNIFACS. Pós Graduada em Direito do Trabalho e Processual do Trabalho pela Faculdade Anhanguera. Defensora Pública Federal Titular do 4º Ofício Criminal da Defensoria Pública da União em Salvador. E-mail: rosiris.costa@dpu.def.br

Claro exemplo desse descompasso normativo é o art. 290 do CPM, emanado em período que a informação sobre o uso e tráfico de drogas no Brasil não possuía a dimensão dos dias atuais, não havendo ampla discussão social a respeito de suas causas e consequências e, principalmente, não existia o conhecimento científico atual de que os usuários de entorpecentes sofrem, em verdade, de problema de saúde, portanto necessitam de tratamento e apoio do Estado e não punição criminal.

Ao longo dessas décadas foram produzidos inúmeros estudos e pesquisas sobre as causas do vício em entorpecentes e os efeitos das drogas no organismo humano. Por conseguinte, os operadores do Direito, notadamente os penalistas, ampliaram as discussões sobre o tema, questionando desde a ausência de eficácia da punição criminal àquele que faz consumo próprio de entorpecentes, até qual seria a melhor forma para reprimir o tráfico de drogas.

Verificou-se a necessidade da existência de microsistemas jurídico-penais que tratem de forma específica as questões envolvendo o tráfico e uso de drogas, voltados não apenas para a criminalização de condutas, mas que tratem de forma mais ampla os impactos sociais da difusão dos entorpecentes no território brasileiro.

O legislador, apesar de não ser imune a críticas, buscou acompanhar as múltiplas discussões na sociedade civil e no meio jurídico, tentando fazer refletir no ordenamento jurídico, a cada nova lei editada, avanços sobre o tema. Entretanto, apesar de visar essa adequação da legislação penal comum à evolução social sobre a questão, modificando-a expressamente, não teve o mesmo cuidado em relação à legislação militar, não tratando de forma específica a tipificação prevista no art. 290 do Código Penal Militar.

Ocorre que o referido art. 290 não faz diferenciação entre o usuário e o traficante de drogas e, diante da inexistência de revogação expressa do tipo penal pelas leis que alteraram o direito penal comum, grande parte dos intérpretes sustenta, equivocadamente, a sua aplicação. Tal entendimento está descompasso com a ordem jurídica inaugurada pela internalização da Convenção de Nova York, com a atual legislação que versa sobre o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas (Lei 11.343/2006) e, ainda, com a reforma promovida no Código Penal Militar pela Lei 13.491/2017, que ampliou a definição de 'crimes militares'.

Como se verá, a análise sistemática do ordenamento jurídico brasileiro demonstra que o art. 290 do CPM está revogado, devendo ser aplicado aos que portem ou consumam substâncias entorpecentes, nas situações elencadas no art. 9, inciso II, do CPM, ou seja, cometam ‘crime militar’ o art. 28 da Lei 11.343/2006, que trata de forma diferenciado o usuário e o traficante.

2. A EVOLUÇÃO LEGISLATIVA SOBRE O USO/CONSUMO DE DROGAS

Para o melhor entendimento a respeito do tipo penal aqui em discussão, insta que se faça uma digressão histórica sobre o tratamento legal do uso e tráfico de drogas no Brasil, assim como do ordenamento jurídico sobre drogas vigente à época da entrada em vigor do CPM.

A primeira previsão legislativa sobre drogas no Brasil é do ano de 1603, o art. 89 das Ordenações Filipinas, que aduzia: *“que ninguém tenha em sua casa rosalgar, nem o venda nem outro material venenoso”*. Como o Código Penal do Império do Brasil não tratou da matéria, não houve legislação penal nacional atinente ao tema de 1830 até 1890, até que o Código Penal Republicano previu como crime, em seu artigo 159: *“expor à venda, ou ministrar, substâncias venenosas sem legítima autorização e sem as formalidades prescriptas nos regulamentos sanitários”*

As supracitadas normas proibitivas visavam impedir a disseminação de substâncias venenosas, não necessariamente de entorpecentes e/ou psicotrópicos, sendo o delito apenado somente com multa.

Insta dizer que até o início do século XX, o Brasil não tinha implementado política de combate às drogas, não havia uma sistematização da legislação sobre o tema. O que se via era o supracitado modelo, que não tratava necessariamente de “drogas” (substâncias psicotrópicas ou entorpecentes) e a existência de normas municipais esparsas, sem que se possa auferir uma coerência programática específica.

Até então o uso de drogas no nosso Brasil se dava por um grupo reduzido, normalmente jovens de famílias abastadas, intelectuais, artistas, o que não gerava preocupação estatal, seja pela baixa significação econômica, seja pelo perfil do consumo. Entretanto, no começo do século XX, o aumento do consumo

nesses círculos intelectuais e aristocráticos, somado ao fato do uso de drogas ter alcançando as camadas sociais mais baixas, se difundindo entre pobres, imigrantes e negros, deu origem à política governamental de combate às drogas no Brasil.

Assim sendo, em 1911, o Brasil se comprometeu na Conferência Internacional do Ópio ocorrida em Haia, a realizar a fiscalização sobre o consumo da cocaína e do ópio e o Decreto nº. 4.294 de 1921, regulamentado posteriormente pelo Decreto nº. 14.969 de 1921, previu em seu texto a internação compulsória de usuários de substâncias entorpecentes, estabelecendo inicialmente um “modelo sanitário” no combate às drogas no Brasil.

Sobre essa questão, afirma Salo de Carvalho, *“no início do século XX o aumento do consumo de ópio e haxixe, sobretudo nos círculos intelectuais e na aristocracia urbana, incentiva a edição de novos regulamentos sobre o uso e a venda de substâncias psicotrópicas”*⁸⁰

Houve uma sucessão de normas regulamento a matéria até edição do nosso Código Penal de 1941 (CP) sendo que a conduta do usuário de entorpecentes não era considerada como infração penal, uma vez o Supremo Tribunal Federal entendia que a tutela penal devia ficar adstrita aqueles que comercializassem drogas, não criminalizando os consumidores.

Entretanto a não criminalização do consumo de drogas teve fim com a reforma legislativa do Código Penal, promovida pelo Decreto-Lei 365/1968, que, alterando a redação do art. 281, reprimiu a conduta do uso próprio, colocando fim ao entendimento jurisprudencial favorável aos consumidores. Só que, ao criminalizar a posse de drogas, o legislador criou tipo penal amplo, punindo da mesma maneira aquele que promove o tráfico e os usuários de substâncias proscritas.

Nessa esteira, o Código Penal Militar, publicado em 1969, no ano seguinte, apenas reproduziu o tipo penal existente na legislação comum, seguinte a Política Criminal de Combate às drogas vigente à época.

⁸⁰ CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06, 7ª ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014 p. 59-61.

Frise-se, o art. 290 do Código Penal Militar apenas repetiu o tipo penal do art. 281 do Código Penal (norma revogada, sendo regulamentada atualmente por legislação específica, a Lei 11.343/2006), tratando com o mesmo rigor o usuário e o traficante de drogas:

TRÁFICO, POSSE OU USO DE ENTORPECENTE OU SUBSTÂNCIA DE EFEITO SIMILAR

Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacôrdo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão, até cinco anos.

Pelo exposto, resta evidente que a redação do tipo penal previsto no art. 290 do CPM, que não sofreu qualquer modificação desde 1969, era compatível com a Política Criminal e a legislação penal comum da época da sua entrada em vigência, mas não se adequada ao ordenamento jurídico atual, uma vez que ignora a atual distinção normativa entre usuário e traficante e os conhecimentos científicos sobre o vício em entorpecentes que se tem na atualidade, estando à margem da atualização da legislação de repressão às drogas ocorrida nessas décadas.

3. A REVOGAÇÃO TÁCITA DO ARTIGO 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR

Com a expansão do tráfico e do uso de drogas do início do século XX até os dias atuais em todo o mundo, inclusive com a popularização do uso de inúmeras substâncias entorpecentes novas, como as drogas sintéticas, houve a preocupação em realização de estudos científicos sérios sobre o tema, muitos deles patrocinados pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

Como consequência desse aprofundamento de conhecimento em relação aos efeitos destas substâncias nos indivíduos, foi possível identificar que a dependência de drogas se trata de séria questão de saúde.

Neste ponto, cumpre destacar o estudo organizado e publicado pela Organização Mundial de Saúde, intitulado de *“Neurociências: consumo e dependência de substâncias psicoativas”*, que destacou os mecanismos cerebrais envolvidos no consumo de drogas, levando em conta os fatores sociais e ambientais relacionados a esse uso.

Importante questão abordada no supracitado estudo é que fatores de natureza biológica e genética de cada indivíduo, associadas a questões ambientais, influenciam na sua propensão ao consumo e dependência de substâncias entorpecentes, podem predispor ou proteger os indivíduos do desenvolvimento de dependência. Nesse sentido, se transcreve trecho do referido relatório da OMS:

Este relatório tornou-se necessário devido aos **progressos atingidos pela pesquisa em neurociências, que mostraram ser a farmacodependência um transtorno crônico, recorrente, com uma base biológica e genética, e não uma simples falta de vontade ou de desejo de se libertar. Existem tratamentos e intervenções eficazes para as farmacodependências que implicam intervenções tanto farmacológicas como comportamentais. O preconceito associado ao consumo e à dependência de substâncias psicoativas pode impedir a procura de tratamento assim como a implementação de políticas adequadas relacionadas com prevenção e tratamento.** Um estudo da OMS sobre atitudes perante 18 incapacidades em 14 países constatou que o «uso nocivo de substâncias» estava em primeiro ou nos primeiros lugares em termos de desaprovação ou preconceito social, e que o «alcooolismo» não estava longe na maioria das sociedades estudadas (1). **Os conhecimentos sobre as farmacodependências em neurociências fornecem uma oportunidade para esclarecer más interpretações, e eliminar estereótipos incorretos e prejudiciais.**⁸¹ (grifei)

Desta feita, o que se pode afirmar hoje, com o nível de avanço da medicina e de estudos científicos sobre o tema, notadamente das neurociências,

⁸¹ Organização Mundial da Saúde. Neurociências: consumo e dependência de substâncias psicoativas. P. 7. Disponível em http://www.who.int/substance_abuse/publications/en/Neuroscience_P.pdf. Acesso em 12 de agosto de 2020.

é que a dependência de substâncias psicoativas não se trata de falta de vontade, nem de força de caráter, mas sim de transtorno complexo, que está relacionado a mecanismos biológicos, genéticos, mas também a fatores psicológicos, sociais, culturais e ambientais, que afetam o cérebro e a sua capacidade para controlar o consumo dessas substâncias. Se trata de transtorno médico crônico e recorrente, que pode afetar qualquer ser humano, ocorrendo muitas vezes juntamente com outras afecções físicas e mentais.

A conclusão da ciência é clara: o vício, o consumo de substâncias psicoativas é transtorno de saúde, devendo o usuário receber o devido apoio e tratamento. Assim sendo, a punição criminal, muito menos a imposição de pena privativa de liberdade, não é a medida adequada para tais casos.

Ademais, assim como o conhecimento científico sobre o tema foi evoluindo através dos séculos, a abordagem legislativa dada aos consumidores de drogas também precisou ser revista, sendo criadas novas políticas públicas para o combate ao uso e tráfico de drogas.

Nesse ponto, insta dizer que foram discutidas no âmbito da “Convenção Única sobre Entorpecentes”, assinada em Nova York em 30 de março de 1961, ratificada pelo Brasil pelo Decreto Legislativo 05/1964 e com obrigatoriedade de execução interna formalizada pelo Decreto 54.216/1964. A susureferida Convenção consignou que *“as medidas contra o uso indébito de entorpecentes, para serem eficazes, exigem uma ação conjunta e universal”*. Também se reconheceu expressamente *“a competência das Nações Unidas em matéria de controle de entorpecentes”*, conferida tal atribuição à *“Comissão de Entorpecentes do Conselho Econômico e Social”* e ao *“Órgão Internacional de Fiscalização de Entorpecentes”* (art. 5º).

No tocante às disposições penais, se percebe claramente a intenção da criminalização apenas das “infrações graves”, vide o artigo 36, item 1, daquela Convenção. Já em relação ao consumo de drogas, o seu artigo 38 recomendou taxativamente o “Tratamento de Toxicômanos” *in verbis*: “1. As Partes darão especial atenção à concessão de facilidades para o tratamento médico, o cuidado e a reabilitação dos toxicômanos.”

As convenções subsequentes foram evoluindo esse entendimento sobre a necessidade de priorização da assistência médica no caso de usuários, como se de trecho da Convenção sobre Substâncias Psicotrópicas – Viena –

21.02.1971, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 90, de 05.12.1972 e com vigência pelo Decreto nº 79.388, de 14.03.1977.

Artigo 20 – Medidas contra o abuso de substâncias psicotrópicas

1. As partes tomarão todas as medidas viáveis para impedir o abuso de substâncias psicotrópicas e para a pronta identificação, tratamento, pós-tratamento, educação, reabilitação e reintegração social das pessoas envolvidas, e deverão coordenar seus esforços para tais fins.

Posteriormente, a Convenção contra o tráfico ilícito de entorpecentes e substâncias psicotrópicas – Viena – 20.12.1988 – Aprovada pelo Decreto Legislativo nº 162, de 14.06.1991 – Vigência pelo Decreto nº 154, de 26.06.1991, trouxe os seguintes pontos que merecem ser destacados:

Artigo 14 – Medidas para erradicar o cultivo ilícito de plantas das quais se extraem entorpecentes e para eliminar a demanda ilícita de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas. As Partes adotarão medidas adequadas que tenderão a suprimir ou reduzir a demanda ilícita de entorpecentes e de substâncias psicotrópicas com vistas a diminuir o sofrimento humano e eliminar incentivos financeiros ao tráfico ilícito. Aquelas medidas poderão fundamentar-se, inter alia, em recomendações das Nações Unidas, tais como a Organização Mundial da Saúde e outras organizações internacionais competentes e no Plano Amplo Multidisciplinário aprovado pela Conferência Internacional sobre o Uso Indevido e o Tráfico Ilícito de Drogas, celebrado em 1987, na medida em que se relacione com os esforços das organizações governamentais e não governamentais e de entidades privadas no âmbito da prevenção, tratamento e reabilitação.

Urge assinalar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 466.343, com repercussão geral, decidiu que os tratados e as convenções internacionais sobre direitos humanos, se não incorporados como emenda constitucional, têm natureza de normas supralegais, paralisando, assim, a eficácia de todo o ordenamento infraconstitucional em sentido contrário.

O caráter especial desses diplomas internacionais sobre direitos humanos lhes reserva lugar específico no ordenamento jurídico, estando abaixo da Constituição, mas acima da legislação infraconstitucional conflitante, anterior ou posterior ao ato de ratificação.

Desta feita, como o art. 290 do Código Penal Militar trata com o mesmo rigor o usuário e o traficante, determinando a aplicação de pena privativa de

liberdade para ambos, em afronta ao previsto nas supracitadas convenções internacionais, conclui-se que o referido dispositivo legal está revogado em razão da sua inconveniência.

Por outro lado, vale ressaltar que a evolução legislativa sobre o tema não ocorreu apenas pela internalização desses tratados, o legislador pátrio, ciente da necessidade de compatibilização das normas internas com as referidas Convenções, editou a Lei 6.368/76, fazendo a devida diferença normativa entre o usuário e o traficante. Posteriormente, a Lei 11.343/06, nesta mesma linha, fez distinção ainda mais significativa da resposta estatal para as duas situações, uma vez que previu apenas penas restritivas de direito ao usuário, ao passo que agravou a reprimenda aplicada ao traficante (pena de 5 a 15 anos de prisão).

Destarte, àquele sujeito que cometa crime militar por porte ou consumo de substância entorpecente, não deve ser aplicado o tipo penal amplo e desproporcional do art. 290 do CPM, mas sim o art. 28 da Lei 11.343/06, uma vez que esta Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Esta legislação, além de específica e posterior, é compatível com os tratados internalizados pelo Brasil. Outrossim, sendo também mais benéfica, sua aplicação é imperiosa, em atenção ao artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal.

Tal entendimento é reforçado pelo artigo 40, inciso III, da Lei 11.343/2006, que determina o aumento da pena dos crimes previstos nos artigos 33 a 37, se a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de unidades militares ou policiais. Ora, se há previsão de aumento de pena para o tráfico quando o crime é praticado em estabelecimento militar, o legislador deixou clara a referida lei deve ser aplicada nas condutas listadas no revogado art. 290 do CPM.

Nesse sentido, a lição de Esdras dos Santos Carvalho:

Ora, se a nova legislação determina, expressamente, a aplicação do aumento de pena de um sexto a dois terços para os delitos praticados nas dependências ou imediações de unidades militares ou policiais é porque quis o legislador, expressa e enfaticamente, que as regras da

mencionada norma também se aplicassem àquelas Instituições, por terem tratamento mais benéfico e estarem em consonância com os anseios sociais, em respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana, valores estes consagrados no texto constitucional.⁸²

Não se olvida que o Supremo Tribunal Federal, confirmando posicionamento do Superior Tribunal Militar, ao enfrentar o tema, vem decidindo pela constitucionalidade da resposta penal mais severa do art. 290 do CPM (comparada ao art. 28 da Lei 11.643/2006) à posse e consumo de entorpecente no meio militar, arguindo a especialidade da norma penal castrense e as especificidades da carreira das armas reconhecida na própria Constituição Federal.

Essa jurisprudência majoritária aduz que não houve revogação tácita do art. 290 do CPM pela Lei nº 11.343/2006, em especial seu art. 28, por ser a punição mais severa compatível com os princípios da hierarquia e da disciplina e, principalmente, com as atividades desenvolvidas no âmbito da caserna.

Tal entendimento jurisprudencial merece revisão, não apenas por ignorar o caráter supralegal das Convenções internacionais incorporadas pelo nosso ordenamento jurídico brasileiro, mas também por ignorar legislação específica posterior referente ao combate do uso e tráfico de drogas no Brasil, plenamente aplicável ao usuário de substância entorpecente nos casos elencados no art. 9º, inciso II, do CPM.

4. A ALTERAÇÃO DE PARADIGMA DA DEFINIÇÃO DE ‘CRIME MILITAR’ PELA LEI Nº 13.491 DE 2017

Além dos argumentos acima expostos, a alteração legislativa ocorrida no ano de 2017, pela Lei 13.491, trouxe maior clareza a respeito na revogação do art. 290 do CPM, assim como pela aplicabilidade do art. 28 da Lei 11.343/2006, em relação ao porte e consumo de drogas em ambientes militares.

⁸² CARVALHO, Esdras dos Santos. Artigo: A Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 – Nova Lei de Tóxico – revoga o artigo 290 – tráfico, uso e posse de entorpecente – do Código Penal Militar e repercute na Justiça Militar. Disponível em www.jurid.com.br

Historicamente se atribuía a denominação de ‘crime militar’ apenas àqueles que estavam disciplinados no Código Penal Militar. Portanto, apenas eram considerados crimes militares as condutas que estivessem disciplinados no Código Penal Militar. Conseqüentemente, crimes previstos em legislação extravagante, tais com abuso de autoridade e tortura, não eram julgados pela Justiça Militar.

Assim, havia o descompasso entre o inegável interesse da Justiça castrense em julgar outras situações tidas como crime, com a especialidade do Código Penal Militar, a qual definia com exclusividade o que era ou não crime militar.

Pondo fim a esta celeuma, a Lei 13.491/2017 alterou o paradigma de crime militar, ao modificar o inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar, que ficou com a seguinte redação:

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

[...]

II – os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

- a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;
- b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
- c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;
- d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;
- e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar

A referida alteração legislativa do Código Penal Militar retirou a exclusividade deste diploma legal sobre a definição de crime militar, ao estabelecer que tanto os crimes previstos naquele Código, quanto os previstos na legislação penal esparsa, desde que dentro das situações elencadas no art. 9º serão considerados crimes militares.

Por conseguinte, a interpretação jurisprudencial equivocada de não revogação do art. 290 e inaplicabilidade do art. 28 da Lei 11.343 em relação ao

usuário, fundada no argumento de que o Código Penal Militar seria norma especial frente a outras legislações de caráter penal, em razão da antiga redação do inciso II do art. 9º, perdeu a sustentação. Isto porque, o CPM passa a ser norma geral - assim como ocorre com seu "irmão- gêmeo", o Código Penal - em relação a normas penais que disciplinem temas específicos, tais como a lei de organizações criminosas, terrorismo, etc.

Nesse sentido, insta ressaltar que tais leis, por serem específicas e posteriores, têm o condão de derogar os dispositivos com ela incompatíveis não só do Código Penal, mas agora também do Código Penal Militar, no que diz respeito à tipificação de crimes, já que não há mais a exclusividade de outrora do CPM.

Frise-se, houve a ampliação de competência da Justiça Militar, que passa a processar e julgar, além dos crimes militares estabelecidos no Código Penal Militar, também aqueles previstos na legislação penal comum e extravagante, sendo considerados crimes militares, quando praticados na forma das alíneas do inciso II do artigo 9º do CPM.

Desta feita, a Lei 11.343, que trata de medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; que estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências, deve ser considerada, a partir de 13/10/2017/2006, norma válida de aplicação aos crimes militares de porte/consumo de drogas.

Diga-se mais, fazendo uma análise comparativa entre o tipo penal do artigo 290 do Código Penal Militar e o artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, sendo este último mais benéfico ao agente que porta substância entorpecente para consumo próprio, há a denominada "*novatio legis in melius*", devendo esta norma mais favorável em relação aos usuários ser imediatamente aplicada aos processos em andamento, conforme dispõe o §1º do art. 2º do Código Penal Castrense.

O que se vê, portanto, é que a jurisprudência firmada pelo Supremo Tribunal Federal pela vigência do art. 290 do CPM e não aplicação da Lei 11.343/2006, está vinculada a um outro comando legislativo, atualmente alterado substancialmente.

Após a vigência da Lei 13.491/17, nada obsta, portanto, que se aplique o sistema punitivo da Lei 11.343/2006 ao porte para uso, notadamente com relação à substituição de pena, ignorando o revogado art. 290 do CPM, até mesmo porque, o artigo 69, §1º, do CPM já previa a cominação de penas alternativas aos crimes militares, não havendo espaço para alegação de incompatibilidade desse sistema punitivo.

Portanto, como os crimes previstos na Lei 11.343/2006, assim como diversos outros previstos em leis especiais, agora também são considerados crimes militares, não se poderá mais sustentar a aplicação do art. 290 do CPM com base na especialidade, pautada da dualidade direito penal militar x direito penal comum.

Mesmo que se considere a conduta do usuário de drogas no meio castrense ser mais séria, em razão dos princípios da hierarquia e da disciplina, este argumento não pode continuar prosperando, em detrimento da lógica jurídica da sucessão de tipos incriminadores no tempo e das regras de hermenêutica para a solução de eventuais conflitos aparentes entre as normas.

Assim, a ampliação da competência da Justiça Militar, trazida pela lei 13491/17, não pode ser aplicada só para punir condutas antes inalcançáveis por estarem previstas em leis extravagantes, mas para também beneficiar os agentes. Razão pela qual, aos usuários de substâncias entorpecentes que cometerem crime militar deve ser aplicado o art. 28 da Lei 11.343/2006, vez que é mais específica, mais recente e mais benéfica ao cidadão jurisdicionado.

5. CONCLUSÃO

Considerando que o atual ordenamento jurídico brasileiro, fez a clara opção no sentido de que a grave repressão penal deve recair tão-somente nas pessoas que praticam o crime de tráfico de drogas e não aos usuários ou dependentes dessas substâncias, uma vez que são portadoras de problema de saúde pública, não sendo criminosas, conclui-se que o Código Penal Militar, datado de 1969, não se coaduna mais com o sistema normativo atual, com o conhecimento científico sobre a questão, nem com o atual Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas.

O art. 290 do Código Penal Militar, produzido em contexto histórico ditatorial e reproduzindo tipo do Código Penal de 1941 já revogado, não distingue a figura do usuário frente à do traficante, tratando condutas de gravidades completamente diversas com pena igual privativa de liberdade.

O referido dispositivo, além de revogado pela incorporação das Convenções Internacionais de Nova York e Viena ao ordenamento jurídico interno do país, cede espaço para o disposto na Lei 11.343/06, notadamente as medidas despenalizadoras do usuário do art. 28 deste diploma legal.

Além disso, a Lei 13.491/2017, ao alterar a redação do inciso II do artigo 9º do Código Penal Militar, tornando esse Codex norma geral e determinando que tipos penais previstos em legislações especiais também podem ser crimes militares, deixa evidente que a interpretação que melhor se coaduna com o arcabouço legal e constitucional pátrio é pela revogação do art. 290 do CPM e aplicação do art. 28 da Lei 11.343/06 aos usuários de substâncias entorpecentes.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Decreto nº 54.216, de 27 de agosto de 1964. Disponível em : <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1960-1969/decreto-54216-27-agosto-1964-394342-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 11 de agosto de 2020

BRASIL, Decreto nº 79.388, de 14 de março de 1977. Disponível em : <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-79388-14-marco-1977-428455-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em 11 de agosto de 2020

BRASIL, Decreto nº 154 de 26 de junho de 1991. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0154.htm. Acesso em 11 de agosto de 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. RESP nº 466.343/SP. Disponível em: <www.stf.jus.br>.

CARVALHO, Esdras dos Santos. Artigo: A Lei 11.343 de 23 de agosto de 2006 – Nova Lei de Tóxico – revoga o artigo 290 – tráfico, uso e posse de entorpecente – do Código Penal Militar e repercute na Justiça Militar. Disponível em www.jurid.com.br

CARVALHO, Salo de. A política criminal de drogas no Brasil: estudo criminológico e dogmático da Lei 11.343/06, 7ª ed. Ver., atual. E ampl. – São Paulo: Saraiva, 2014.

GOMES, Luiz Flávio. MACIEL, Silvio. "Porte de drogas no ambiente militar, princípio da insignificância e bem jurídico penal. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-revogacao-do-artigo-290-do-codigo-penal-militar-pelas-convencoes-internacionais-sobre-entorpecentes-de-nova-york-1961-e-viena-1971-e-1988-e-a-aplicacao-da-lei-11-343-06/>

Acesso em 13 de agosto de 2020

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE. Neurociências: consumo e dependência de substâncias psicoativas. Disponível em:

http://www.who.int/substance_abuse/publications/en/Neuroscience_P.pdf.

Acesso em 12 de agosto de 2020.

POLÍCIA E SOCIEDADE: UM ESTUDO SOBRE A PADRONIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS TÉCNICO-OPERACIONAIS NA PMBA

Marcelo Gomes Brandão⁸³

RESUMO: Este artigo busca promover uma investigação sobre a padronização dos procedimentos técnico-operacionais adotados pela Polícia Militar do Estado da Bahia (PMBA), a partir da perspectiva dos policiais em atuação nesta área, incluindo praças e oficiais. A partir disso, tenta-se compreender quais as principais lacunas neste processo e como isso impacta a relação entre Polícia e comunidade, na atividade operacional dos policiais. Parte-se de um estudo exploratório realizado com uso das técnicas de observação participante e aplicação de questionários fechados a policiais militares em exercício no município de Salvador-BA. Como resultados, destacam-se a carência de documentos que norteiem a atividade policial, um distanciamento entre a formação destes profissionais e a aplicação desses conhecimentos na prática operacional, comprometendo a relação entre Polícia e comunidade e, por consequência, a imagem da instituição.

133

Palavras-chave: Padronização. Polícia Militar. Policiamento Ostensivo. Procedimentos Técnico Operacionais.

1. INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 144, §5º, estabelece como função da Polícia Militar (PM) a atividade ostensiva com vistas à preservação da ordem pública. No entanto, na prática o processo de consolidação democrática no Brasil pós Carta Magna mantém uma “sólida continuidade de práticas repressivas da Polícia no país que a democracia não alcançou alterar” (COSTA, 2005, p.106). Somado a isso, parece haver por parte da sociedade uma desconfiança generalizada em relação à instituição, que muitas vezes tem sua imagem atrelada à violência.

Dentre as motivações para esta desconfiança se destacam aspectos como baixas taxas de resolução dos crimes; burocracia e ineficiência na assistência ao cidadão; arbitrariedade e abuso de autoridade; e ações policiais violentas constantemente divulgadas na imprensa.

Acredita-se que parte desta problemática decorre de lacunas na formação e capacitação continuada dos policiais em sua atuação ostensiva, sobretudo no

¹Marcelo Gomes Brandão é bacharel em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA) e em Segurança Pública pela Academia de Polícia Militar da Bahia (APMBA), Especialista em Política e Estratégia e em Gestão de Inteligência Estratégica pela Associação dos Diplomados da Escola Superior de Guerra (ADESGBA). E-mail: celogbrand@gmail.com

que se refere à ausência de um conjunto padronizado de normas e procedimentos técnico-operacionais como suporte ao *modus operandi* da PM. Segundo Pinheiro (apud COSTA, 2005), é a partir do policiamento ostensivo, composto sobretudo por policiais praças, que a sociedade constrói a imagem da Polícia.

No Estado da Bahia, foco deste artigo, a formação técnico-operacional dos policiais militares praças e oficiais se norteia em poucos documentos, a maioria normativos, ou em diretrizes, que com o tempo deixam de ser seguidas. Documentos voltados para aspectos operacionais adotados pela instituição são em geral produzidos por outros órgãos, a exemplo da Secretaria Nacional de Segurança Pública (SENASP), ou por grupos policiais de modo isolado, não chegando a caracterizar um conjunto consolidado de normas institucionalizadas, o que contribui para a falta de padronização na conduta operacional policial.

Este artigo se configura como uma tentativa de aproximação preliminar ao tema, buscando levantar questões que contribuam para o debate sobre a instituição Polícia Militar por meio de uma reflexão desenvolvida com base em dados empíricos, obtidos por meio das técnicas de observação participante e aplicação de questionários a policiais praças e oficiais.

O artigo está estruturado em três etapas. Na primeira, é apresentada a discussão teórica, onde são tratados conceitos centrais para a pesquisa. Em seguida é apresentada a metodologia que norteia o trabalho, seguida pela discussão dos resultados.

Por fim, são postas as considerações finais do artigo, em uma tentativa de apontar algumas questões centrais sobre o tema investigado, examinado a partir do olhar dos policiais militares que conhecem de perto a realidade aqui tratada.

2. POLÍCIA E A PADRONIZAÇÃO DOS PROCEDIMENTOS OPERACIONAIS

A Polícia Militar do Estado da Bahia foi criada oficialmente por meio de Decreto Imperial datado de 17 de fevereiro de 1825, ainda nomeada “Corpo de Polícia”. O momento era de ressentimento popular, representado sobretudo pela insatisfação dos movimentos revolucionários consolidadores da Independência do Brasil na Bahia contra os portugueses que ainda dominavam o país. Estes continuavam presentes no comércio e em instituições oficiais, incluindo os altos postos militares, constituindo um período marcado pela indisciplina nos quartéis (ARANHA, 1997).

Como consequência, eram cada vez mais comuns os choques entre baianos e portugueses, levando o Império a criar uma instituição que teria como missão restabelecer e manter a ordem da Província. Após algumas adaptações e alterações na nomenclatura, relacionadas às funções destinadas pelo poder central, a Polícia Militar do Estado da Bahia (PMBA) tal como a conhecemos hoje foi instituída em 1946, por meio de Decreto Estadual⁸⁴.

A Constituição Federal de 1988 vem estabelecer uma ampliação na compreensão sobre o papel da Polícia Militar enquanto instituição do Estado, ao incluí-la na estrutura da Segurança Pública, sendo esta descrita como “dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio”, (BRASIL, 1988, art. 144). Tais funções são desempenhadas através de cinco instituições policiais, cada uma com atribuições específicas e complementares, incluindo a PM. Unem-se a esta a Polícia Federal, Polícia Rodoviária Federal, Polícia Civil e corpo de bombeiros, este último integrante da estrutura da Polícia Militar em alguns estados da federação.

Dados publicados na 7ª edição do Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FBSP, 2013) apontam que as polícias brasileiras perdem em credibilidade institucional no Brasil somente para os partidos políticos e o Congresso Nacional. No âmbito policial, a PM tem o maior índice de rejeição, com 27% dos entrevistados afirmando não confiar na instituição, seguida pelas Polícias Civil e Federal, respectivamente com 25,9% e 17,5%.

Sobre o índice de mortes decorrentes de intervenções policiais, as edições mais recentes do Anuário (FBSP, 2018; 2019) mostram um crescimento da taxa de 19.6% entre 2017 e 2018. Enquanto em 2017 foram 5.159 mortes,

⁸⁴ Decreto Estadual nº 13.503, de 17 de novembro de 1946.

com uma média de 14 vítimas por dia, no ano seguinte a taxa subiu para 6.220 pessoas mortas em decorrência de intervenção policial em todo o Brasil. O total diário foi de 17 vítimas. Um dado relevante é que quase a totalidade dessas vítimas (99.3%) era do gênero masculino, dos quais 75.4% eram negros e 77.9% tinham entre 15 e 29 anos.

Esses dados fazem pensar nos conceitos de função ostensiva e de preservação da ordem pública, ambos inerentes à atividade da Polícia Militar e previstos pelo artigo § 5º da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988). Entende-se como policiamento ostensivo, ou “PO”, a atividade de função exclusiva da Polícia Militar que visa satisfazer às necessidades basilares de segurança pública através da ação de presença dos componentes da Corporação.

Policiamento ostensivo pode ser definido ainda como uma

Ação policial em cujo emprego o homem ou a fração de tropa engajados são identificados de relance, quer pela farda, quer pelo equipamento, ou viatura, objetivando a manutenção da ordem pública de prevenção, isto é, evitando o surgimento de ocorrências perturbadoras da tranquilidade pública. (ARANHA, 1997, p.03).

O Regulamento Geral da Polícia Militar da Bahia nº 25.200, de 30 de abril de 1975, na seção das Missões Gerais, aponta que a Polícia Militar deve executar as suas atividades de policiamento ostensivo fardado com a finalidade de prevenir o crime, o delito e a desordem, ou seja, a manutenção da ordem e o cumprimento da lei (BAHIA, 1975).

O fardamento policial como elemento de ostensividade é ressaltado também por Vanin (*apud* ARAÚJO *et. al.*, 2001, p.10), para quem a expressão polícia ostensiva “expande a atuação das Polícias Militares à integridade das fases do exercício do poder de polícia”. O adjetivo “ostensivo” refere-se à ação pública da discussão, característica do policial fardado e armado.

Extrai-se, portanto, o policiamento ostensivo como atividade a se desenvolver em meio a características, princípios e variáveis específicas, visando à tranquilidade pública (ARANHA, 1997). Esse caráter preventivo deve despertar no cidadão o sentimento de estar protegido, ao saber que está resguardado sob uma instituição cujos agentes estão preparados para tal função (LEITE; SILVA, 2009).

Além da responsabilidade em restaurar a ordem pública, a Constituição Estadual da Bahia de 05 de outubro de 1989, em particular no seu artigo nº148, reforça a preservação do ambiente, pelo socorro em calamidades públicas, pelas ações de defesa

civil, pela proteção e orientação ao trânsito, pelos salvamentos e combates a incêndios (BAHIA, 1989).

Aranha (1997) estabelece dez variáveis como critérios que orientam a ostensividade da PM, a partir de aspectos relacionados diretamente à rotina do trabalho policial quais sejam: tipo (policial, trânsito, florestal, guarda, outros), processo (a pé, motorizado, embarcado, em bicicleta, aéreo, montado), modalidade (patrulhamento, permanência, diligência, escolta) circunstância (ordinário, especial, extraordinário), lugar (urbano, rural), desempenho (atividade de linha, atividade auxiliar), duração (turnos, jornada), efetivo (fração elementar, fração constituída), forma (desdobramento, escalonamento) e suplementação (cão, RAD, transceptor, outros).

A abordagem sobre a função ostensiva da Polícia suscita a compreensão do conceito de ordem pública, entendida como um conjunto de regras formais, coativas, que emanam do ordenamento jurídico da Nação. Tem por finalidade regular as relações sociais em todos os níveis e estabelecer um clima de convivência harmoniosa e pacífica entre os agentes de segurança pública e os cidadãos. A manutenção da ordem pública se relaciona ao exercício dinâmico do poder de polícia, visando a prevenir e/ou reprimir os eventos que violem esta Ordem a fim de garantir sua normalidade.

A ideia de ordem pública parte da dimensão social do Estado, englobando efeitos em três ordens: os efeitos preventivos- quando a Polícia não está fisicamente presente; dissuasivos- quando ela se faz presente sem agir; e repressivos- quando ela atua para frustrar ações que atentem contra a paz social ou violem o ordenamento jurídico. Por essa perspectiva, alguns autores (BAYLE, 2002; SENASP, 2006; SOUZA, 2012) apontam que melhorias no serviço e padronização de procedimentos técnicos operacionais podem contribuir para uma redução da atividade delituosa, dos índices criminais.

A Secretaria de Segurança Pública do Estado da Bahia (SSP/BA) avança nesse sentido, estabelecendo uma classificação desses crimes como forma de orientar as ações desenvolvidas no âmbito do Programa - Pacto pela Vida⁸⁵. O programa estabelece uma categorização entre Crimes Violentos contra o Patrimônio (CVP) e Crimes Violentos Letais Intencionais (CVLI), e reforça que a parceria entre Polícia e comunidade contribui pra reduzir os índices de criminalidade⁸⁶.

⁸⁵ O Programa “Pacto pela Vida” é uma ação da Política Nacional de Segurança Pública. Foi criado pela Lei nº 12.357 de 26/09/2011 no âmbito do Sistema de Defesa Social (SDS), voltado para a promoção da paz social e vem sendo implementado no estado da Bahia por meio de parceria entre Poder Judiciário, Assembléia Legislativa, Ministério Público, Defensoria Pública, municípios e União, sob coordenação do Governo do Estado.

⁸⁶ <http://www.pactopelavida.ba.gov.br/pacto-pela-vida/o-que-e/>. Disponível em: 01 de novembro de 2014.

Para Trojanowicz (*apud* MARCINEIRO; PACHECO, 2005), o policiamento comunitário é uma filosofia dentro de uma estratégia organizacional que contribui para a aproximação com a comunidade, identificando e resolvendo conjuntamente os problemas relacionados ao tráfico de drogas, medo do crime, desordem, decadência do bairro, com o escopo de melhorar a qualidade de vida na área.

Souza (2012) adverte que além de uma aproximação entre Polícia e comunidade, faz-se necessário a adoção por parte da Instituição policial de Procedimentos Operacionais Padrão (POP). Estes são instrumentos pelos quais a Polícia busca orientar seus agentes sobre a melhor maneira de proceder nas diversas situações com as quais se deparam durante suas atividades diárias. A adoção dessas medidas deve se pautar pelo respeito aos níveis de força e à legalidade.

A Polícia Militar de Goiás (2003) aponta o POP como elemento voltado para a proteção dos direitos dos cidadãos, empregado para minimizar a probabilidade de pequenos abusos e aumentar a segurança individual do policial e dos demais atores envolvidos neste encontro.

Importante esclarecer que uma aplicabilidade satisfatória dos procedimentos operacionais na PM passa pela internalização desses princípios, o que requer um conjunto sistematizado de medidas que orientem a ação policial em sua função ostensiva.

A Polícia Militar de São Paulo é pioneira no desenvolvimento dos Procedimentos Operacionais Padrão, sendo referência para as outras polícias estaduais. Todas as ações da PMSP são guiadas por procedimentos passados aos agentes através de instruções e manuais operacionais⁸⁷.

No caso da Polícia Militar na Bahia (2011), há o entendimento de que os procedimentos operacionais se constituem como instrumentos que direcionam a ação policial militar e favorecem o aumento da eficiência e da efetividade nas atividades operacionais da instituição (BAHIA, 2011). No entanto, ainda parece haver uma deficiência quanto a uma sistematização de documentos referentes ao tema bem como ao acesso dos policiais militares atuantes na atividade operacional a estes materiais.

Dentre os documentos que direcionam a atividade operacional na PMBA, três documentos se destacam nas ações voltadas para a padronização de procedimentos. O primeiro deles é o *Manual Básico de Abordagem* (2000), elaborado como resultado

⁸⁷ Todos os Procedimentos Operacionais Padrão utilizados pela PMSP podem ser consultados na sede da própria instituição e em rede interna restrita aos policiais. Alguns destes documentos estão disponíveis também na internet, no endereço [http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/POP%201.02.02%20Abordagem%20policial%20em%20pessoa\(s\)%20em%20ve%C3%ADculos.pdf](http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/POP%201.02.02%20Abordagem%20policial%20em%20pessoa(s)%20em%20ve%C3%ADculos.pdf).

do I Curso de Instrutores de Abordagem Policial, promovido pela Academia de Polícia Militar do Estado da Bahia em 2000. O manual reúne orientações técnicas e embasamento legal para a execução de abordagem policial em diferentes modalidades e defende que

Todo ato de abordar deve estar embasado numa motivação legal. Não deve ser um ato isolado do Estado, ali representado pelo policial, arbitrário ou ilegal. Essa motivação deve ser explicitada para o abordado assim que for possível a fim de fazê-lo compreender a ação da polícia, o uso do poder do Estado para limitar ou impedir direitos individuais em prol de um bem maior, de um bem social ou coletivo (EQUIPE DE INSTRUTORES DA POLÍCIA MILITAR DA BAHIA, 2000, p.02).

O segundo documento adotado pela PMBA é o *Normas de Procedimento para o radiopatrulhamento motorizado terrestre- POP* (2011), que visa padronizar as ações operacionais dos seus agentes. O POP se destina aos policiais empregados na atividade operacional, orientando-os quanto à compreensão sobre embasamento jurídico específico, uso de equipamentos de proteção individual (EPI)- incluindo armamentos de baixa letalidade- e padronização de procedimentos em ocorrências, além de postura durante o serviço. Este último se baseia em diretriz da instituição publicada em 2009, além de documentos de polícias militares de outros estados da federação.

O terceiro documento que orienta as atividades policiais na PMBA é o *Manual Básico de Abordagem Policial* (2018), que atualiza o Manual publicado em 2000. Esta versão foi produzida a partir do Curso de Instrutores de Abordagem realizado em 2016 e se baseia em técnicas de intervenção policial e em normas recentes do direito sobre o tema, além de pactos nacionais e internacionais de direitos humanos.

Mesmo com a institucionalização dos documentos acima citados e de outros complementares pela PMBA, entende-se como necessária a publicação de materiais que reforcem a necessidade de atendimento a normas específicas e que deem conta da complexidade que envolve a atividade de policiamento ostensivo, sobretudo no tocante à modalidade de radiopatrulhamento.

Vale ressaltar que tais documentos integram o projeto pedagógico dos cursos de formação policial no estado da Bahia em suas duas instâncias, o Curso de Formação de Oficiais e o Centro de Formação e Aperfeiçoamento de Praças, bem como os cursos de formação continuada oferecidos pela instituição para os policiais em diferentes

postos e graduações⁸⁸. No entanto, uma aproximação inicial ao tema demonstra a carência de materiais de consulta sobre questões relacionadas à padronização de procedimentos técnico-operacionais que fazem parte da rotina policial ostensiva e se apresentam como um desafio para os profissionais desta área.

2.1. Metodologia e discussão dos resultados

Este artigo se desenvolveu com base em estudo exploratório, por meio da combinação das técnicas de observação participante e aplicação de questionários fechados. A observação participante se justifica tendo em vista que o autor deste artigo é um policial militar em exercício na atividade operacional e, portanto, lida rotineiramente com as questões inerentes ao tema tratado neste artigo, além de conhecer os documentos que orientam este segmento da atividade policial.

Foram aplicados cem (100) questionários a policiais militares praças e oficiais em exercício no município de Salvador-BA, a fim de melhor compreender as principais deficiências nos procedimentos técnico-operacionais adotados pela PMBA. Optou-se pelo questionário fechado considerando a dificuldade de tempo destes profissionais para responder a questões abertas durante o seu expediente, bem como a dificuldade em encontrá-los em outros momentos. Entre os respondentes, oitenta (80) eram praças (69 homens e 11 mulheres), e vinte (20) eram oficiais, todos empregados na atividade operacional. A média de tempo de serviço na instituição entre os participantes é de um a vinte e cinco anos de serviço na instituição.

De modo geral, as respostas obtidas com os questionários dialogam com os achados da observação participante. Dentre os pontos centrais, destacam-se: 1) lacunas no acesso e adoção de documentos sobre procedimentos técnico-operacionais tanto para praças quanto para oficiais da PMBA, embora esta segunda categoria tenha mais aproximação a documentos desta natureza; 2) o conhecimento adquirido na formação dos policiais, sobretudo os praças, encontra dificuldade de efetividade na prática operacional; 3) a falta de um aprimoramento técnico na condução da ação policial operacional compromete a relação direta entre Polícia e comunidade, interferindo na imagem que a sociedade constrói sobre a instituição.

A fim de uma compreensão mais detalhada, serão explorados a seguir alguns pontos abordados no questionário. Quando perguntados se conhecem documentos

⁸⁸ Posto se refere à classificação dos oficiais (tenente, capitão, major, tenente-coronel e coronel), enquanto graduação se relaciona aos praças (soldados, cabos, sargentos e subtenentes).

sobre procedimentos técnico-operacionais produzidos pela PMBA, a maioria dos respondentes (45%) afirmou não conhecer e outros 36% afirmaram ter conhecimento sobre a existência desses materiais mas não utilizá-los em sua prática diária. Os itens “conheço, mas nunca tive acesso” (12%) e “sim e utilizo este material no serviço” (7%) apresentaram baixa pontuação. Não houve uma diferença significativa nas respostas considerando as categorias praças e oficiais, nem entre profissionais homens e mulheres.

A pergunta “o conhecimento adquirido durante sua formação militar é empregado em sua atividade diária?” revelou que a maioria dos policiais (42%) o faz parcialmente, seguido por frequentemente (35%) e totalmente (23%). Nenhum dos respondentes escolheu a opção “não”.

Sobre as lacunas identificadas na padronização dos procedimentos técnico-operacional dentro da PMBA, houve um equilíbrio nas respostas entre os itens disponíveis. O maior índice foi para “falta formação continuada aos policiais” (40%) e “faltam manuais de procedimentos técnico-operacionais” (36%),”. Outros quesitos foram “falta instrução e acompanhamento na unidade policial” (23%) e “outros” (1%). Neste último, figuraram como respostas, “valorização do policial” e “reconhecimento ao ser humano”.

No que se refere à relação entre PMBA e comunidade, foi perguntado “na sua opinião, qual a efetividade dos procedimentos técnico-operacionais adotados na atuação policial junto à comunidade?”. A maioria das respostas se concentrou no item “insuficiente” (56%), seguido de “satisfatório” (27%), “quase nula” (12%) e “excelente” (5%).

Em linhas gerais, os resultados deste estudo apontam para uma carência de documentos institucionalizados pela PMBA que orientem a atividade operacional ostensiva por parte da tropa. De modo complementar, os resultados indicam um distanciamento entre a formação a prática desses profissionais, o que poderia ser minimizado por meio de um acompanhamento e realização de cursos de formação continuada com maior frequência e que abranjam uma maior parcela dos policiais em todo o estado.

A intensificação de ações nesta direção poderia contribuir para a relação entre Polícia e comunidade, ao conduzir profissionais mais capacitados e confiantes quanto a sua missão, refletindo, conseqüentemente, na imagem que a sociedade constrói sobre a Polícia Militar.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este artigo buscou investigar a padronização dos procedimentos técnico-operacionais adotados pela PMBA e a partir disso pensar os seus reflexos na relação entre Polícia Militar e comunidade. Tal objetivo se desenhou por meio de uma pesquisa exploratória, tendo como técnicas a observação participante e a aplicação de questionários fechados.

A Polícia Militar na Bahia reconhece a necessidade de elaboração e publicação de materiais capazes de orientar a atividade operacional de seus agentes e alguns documentos tem sido produzidos nesta perspectiva, muitos deles utilizados como material base em cursos de formação para praças e oficiais.

No entanto, o que se observa é que tais medidas ainda não têm sido capazes de dar conta das diversas demandas decorrentes da ação operacional, o que compromete uma atuação do policial condizente com o exigido para a função e, sobretudo, uma relação mais saudável com a comunidade.

Destaca-se aqui a importância do aprimoramento da padronização dos procedimentos técnicos capaz de abarcar em especial os praças, tendo em vista que esta é a categoria que está na linha de frente da atividade operacional e, conforme Pinheiro (*apud* COSTA, 2005), é a partir do contato com esses profissionais que a comunidade compõe a sua imagem sobre a instituição Polícia Militar.

Por fim, vale salientar que este foi um estudo exploratório e que a investigação aqui proposta precisa ser aprofundada para apresentar dados mais completos, especialmente englobando um universo maior de policiais e ampliando as questões sobre o tema. De todo modo, tem-se aqui uma visão inicial sobre o que pensam os policiais militares empregados na atividade operacional da PM que poderá, espera-se, suscitar novas questões de pesquisa e estudos posteriores que venham a ampliar a investigação e compreensão sobre o tema.

REFERÊNCIAS

ARANHA, Roberto. **Manual de Instrução Integrativa da Polícia Militar**. 2ª Edição. Salvador: Editora Garamound, 1997.

BAHIA, Polícia Militar da Bahia. **Comando de Operações Policiais Militares**. Diretriz operacional nº 027, 2009.

BAHIA, Polícia Militar da Bahia. **Comando de Operações**. Normas de Procedimento para o radiopatrulhamento motorizado terrestre. 2011.

BAYLEY, David H. **Padrões de Policiamento: uma análise internacional comparativa**. 2.ed. São Paulo: Editora Universal, 2002.

COSTA, Ivone Freire. **Polícia e sociedade**. Gestão de segurança pública, violência e controle social. Salvador: EDUFBA, 2005.

BRASIL, Curso Nacional de Polícia Comunitária/Grupo de Trabalho, Portaria SENASP nº014/2006 - Brasília – DF: Secretaria Nacional de Segurança Pública –SENASP, 2006.

EQUIPE DE INSTRUTORES DA POLÍCIA MILITAR DA BAHIA. **Manual Básico da Abordagem Policial**. 2000.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. Anuário Brasileiro de Segurança Pública. 7ª edição. 2013. Disponível em www.forumseguranca.org.br/produtos/anuario-brasileiro-de-seguranca-publica. Acesso em 30 de julho de 2020.

_____. 12ª edição. 2018. Disponível em : <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/03/Anuario-Brasileiro-de-Seguran%C3%A7a-P%C3%ABblica-2018.pdf> . Acesso em 10 de agosto de 2020.

_____. 13ª edição. 2019. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2019/10/Anuario-2019-FINAL_21.10.19.pdf. Acesso em 10 agosto de 2020.

GOIÁS, Polícia Militar do Estado de Goiás. Procedimento Operacional Padrão nº 5.15, 2003.

MARCINEIRO, Nazareno; PACHECO, Giovanni C. **Polícia Comunitária**: evoluindo para a polícia do século XXI. Florianópolis: Insular, 2005. 104 p.

A LEGÍTIMA DEFESA: COMO CARACTERIZÁ-LA EM OPERAÇÃO DE GARANTIA DA LEI E DA ORDEM (GLO)

Suely Pereira Ferreira⁸⁹

144

RESUMO: A abordagem do tema tem por objetivo analisar o emprego das Forças Armadas nas Operações de Garantia da Lei e da Ordem, a partir da previsão Constitucional e sua regulamentação infraconstitucional, e a atividade militar nesta atribuição. Por meio de uma revisão bibliográfica buscou-se estudar a legítima defesa no caso de ser necessário o uso da força pelo militar do Exército, Marinha ou Aeronáutica no cumprimento de missões voltadas para áreas afetas ao setor de segurança pública, em apoio às operações policiais, a fim de controlar grave ameaça e preservar a ordem pública, amparado por esta excludente de ilicitude, prevista no artigo 42 do Código Penal Militar. Como resultado do estudo, observa-se que governos locais poderiam investir mais em segurança pública a fim de evitar a convocação das Forças Armadas nas Operações de GLO, em grande número nos últimos anos.

Palavras-chave: Constitucional. Forças Armadas. Emprego. Legítima Defesa.

1. PREVISÃO LEGAL DO EMPREGO DAS FORÇAS ARMADAS

A previsão do emprego das Forças Armadas em atividades de segurança pública não é novidade na Constituição. Já se fez presente em Constituições anteriores e hoje com a CF/88 se encontra no bojo da missão constitucional do artigo 142.

Este emprego está regulamentado pela Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, que normatiza a matéria constitucional e dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas e o Decreto nº 3.897, de 24 de agosto de 2001, que fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem.

De acordo com estes dispositivos, a decisão do emprego das Forças Armadas em GLO é do Presidente da República, por iniciativa própria (Executivo) ou em atendimento a pedido manifestado por quaisquer dos poderes constitucionais (Judiciário, Legislativo), por intermédio dos Presidentes do Supremo Tribunal Federal, do Senado Federal ou da Câmara dos Deputados.

⁸⁹ Juíza Federal da Justiça Militar, Auditoria da 6ª CJM, Salvador, BA. spf@stm.jus.br

O emprego, ainda, depende da demonstração formalmente reconhecida pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual de que a atuação dos órgãos de Segurança Pública⁹⁰ não foram suficientes para garantir a preservação da ordem pública, pois esgotados todos ou parcialmente os meios disponíveis, existentes ou suficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional.

Além da legislação citada, as Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica) passaram a contar com o Manual MD-33-M-10 (aprovado pela Portaria Normativa 3461/2013, e posteriormente, pela Portaria Normativa 186/2014), com validade a partir de 20 de dezembro de 2013. Este manual estabelece o planejamento e o emprego das Forças Armadas em Operações de GLO, contém diretrizes para Operações Garantia da Lei e da Ordem. Foi confeccionado pelo **Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas (EMCFA)** e aprovado pelo Ministro da Defesa (à época, Celso Amorim).

2. CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988

A Constituição Federal disciplina no artigo 142 do Capítulo II, Título V, das Forças Armadas, *ex vi*:

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

§ 1º Lei complementar estabelecerá as normas gerais a serem adotadas na organização, no preparo e no emprego das Forças Armadas (BRASIL, 2020).

Da leitura do *caput* do artigo acima, identifica-se que: 1) O Comandante Supremo das Forças Armadas é o Presidente da República; 2) As Forças Armadas são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina e constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica; 3) Com destinação de: a) defesa da Pátria; b) garantia dos poderes constitucionais, isto é, do Executivo, do Legislativo e do Judiciário, e c)

⁹⁰ A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I – polícia federal; II – polícia rodoviária federal; III – polícia ferroviária federal; IV – policiais civis; V – policiais militares e corpos de bombeiros militares. CF, Art. 144.

garantia da lei e da ordem, por iniciativa de qualquer dos poderes, cuja missão de zelar por ela é do Exército, Marinha e Aeronáutica.

Segundo Silva (1992, p.772), na destinação das Forças Armadas destaca que:

Só subsidiária e eventualmente lhes incumbe a **defesa da lei e da ordem**, porque essa defesa é de competência primária **das forças de segurança pública**, que compreendem a polícia federal e as polícias civis e militar dos Estados e do Distrito Federal. Sua interferência na defesa da lei e da ordem depende, além do mais, de convocação dos legitimados representantes de qualquer dos poderes federais: Presidente da Mesa do Congresso Nacional, Presidente da República ou Presidente do Supremo Tribunal Federal⁹¹ (Grifos nossos).

3. LEI COMPLEMENTAR Nº 97, DE 9/6/1999

A Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, alterada pelas LC nº 117/2004 e LC nº 136/2010, dispõe sobre normas gerais de organização, preparo e emprego das forças armadas.

No artigo 15, parágrafos 3º e 4º, prevê as cláusulas determinantes de emprego das Forças Armadas em Garantia da Lei e da Ordem, quando houver o esgotamento dos meios disponíveis e o emprego de maneira episódica e por tempo limitado.

O parágrafo 5º dispõe que será transferido o controle operacional dos órgãos de segurança pública para a autoridade encarregada das operações.

Com a alteração da LC 136/2010, foi introduzido o parágrafo 7º. Estendeu o caráter de atividade militar, colocando de vez um ponto final nas discussões a respeito deste conceito, trazendo para a competência da Justiça Militar da União os possíveis delitos ocorridos no cumprimento das atividades subsidiárias.

O artigo 15 e parágrafos, referentes a análise do tema, tem a seguinte redação:

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

§ 3º Consideram-se esgotados os instrumentos relacionados no art. 144 da Constituição Federal quando, em determinado momento, forem eles formalmente reconhecidos pelo respectivo Chefe do Poder Executivo Federal ou Estadual como indisponíveis, inexistentes ou

insuficientes ao desempenho regular de sua missão constitucional. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

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

§ 5º - Determinado o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem, caberá à autoridade competente, mediante ato formal, transferir o controle operacional dos órgãos de segurança pública necessários ao desenvolvimento das ações para a autoridade encarregada das operações, a qual deverá constituir um centro de coordenação de operações, composto por representantes dos órgãos públicos sob seu controle operacional ou com interesses afins. (Incluído pela Lei Complementar nº 117, de 2004)

§ 7º A atuação do militar nos casos previstos nos arts. 13, 14, 15, 16-A, nos incisos IV e V do art. 17, no inciso III do art. 17-A, nos incisos VI e VII do art. 18, nas atividades de defesa civil a que se refere o art. 16 desta Lei Complementar e no [inciso XIV do art. 23 da Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965](#) (Código Eleitoral), é considerada atividade militar para os fins do [art. 124 da Constituição Federal](#).⁹²

4. DECRETO Nº 3.897, DE 24/8/2001

Fixa as diretrizes para o emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem. Regulou a forma de emprego das Forças Armadas que fora estabelecida na LC nº 97/99.

A finalidade do Decreto é orientar o planejamento, a coordenação e a execução das ações das Forças Armadas, e de órgãos governamentais, na garantia da lei e da ordem.

A competência é exclusiva do Presidente da República, cuja decisão presidencial poderá ocorrer por sua própria iniciativa, ou dos outros poderes constitucionais, representados pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal, pelo Presidente do Senado Federal ou pelo Presidente da Câmara dos Deputados.

Disciplina quando, onde e como será o emprego das FA para a garantia da lei e da ordem com objetivo de preservar a ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, porque esgotados os instrumentos já referidos no art. 144 da CF/88.

O controle operacional caberá a autoridade que é conferida a um comandante ou chefe militar para atribuir e coordenar as missões.

⁹² CF/88 Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência, da Justiça Militar.

5. MANUAL MD-33-M-10 (PORTARIA NORMATIVA 186/MD, DE 31/1/2014)

Estabelece o planejamento e o emprego das Forças Armadas em Operações de GLO.

Contém conceitos fundamentais que são usados nas operações de Garantia da Lei e da Ordem e organiza o passo a passo das ações. Contempla as bases legais citadas anteriormente: **Constituição Federal, de 1988**; a **Lei Complementar 97, de 9/6/1999**, com suas alterações, e o **Decreto 3897, de 24/8/2001**.

Depreende-se deste manual que a Marinha, o Exército e a Aeronáutica poderão ser empregados de forma conjunta ou singular nas Operações de Garantia da Lei e da Ordem, as quais abrange situações previsíveis e imprevisíveis. Seja qual for a forma de emprego ou a situação existente, é fundamental adotar uma sistemática de planejamento, deliberado ou emergencial e de coordenação da operação.

6. OPERAÇÕES DE GARANTIA DA LEI E DA ORDEM (OP GLO)

Como analisado através das normas legais, as operações de GLO são planejadas e coordenadas para serem executadas, cuja decisão pelo efetivo emprego é de responsabilidade exclusiva do Presidente da República, nos termos no *caput* do Art. 15 da LC 97/99.

Os planejamentos para execução deverão ser elaborados no contexto da Segurança Integrada, podendo ser prevista a participação de órgãos: a) do Poder Judiciário; b) do Ministério Público; e c) de Segurança Pública. Outros órgãos e agências, dos níveis Federal, Estadual e Municipal, poderão se fazer presentes em alguns casos. Desta forma, é fundamental o conhecimento dos princípios das Operações Interagências constantes de publicação específica (itens 2.1.4 e 2.1.5 do MD-33).

Importante destacar algumas conceituações para seguir na análise, em que a primeira é conclusiva da legislação já analisada: 1) Operação de Garantia da Lei e da Ordem (Op GLO) é uma operação militar determinada pelo Presidente da República e conduzida pelas Forças Armadas de forma episódica, em área previamente estabelecida e por tempo limitado, que tem por objetivo a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio

em situações de esgotamento dos instrumentos para isso previstos no art. 144 da Constituição ou em outras em que se presume ser possível a perturbação da ordem (Artigos 3º, 4º e 5º do Decreto Nº 3.897, de 24 de agosto de 2001); 2) Agentes de Perturbação da Ordem Pública (APOP) são pessoas ou grupos de pessoas cuja atuação momentaneamente comprometa a preservação da ordem pública ou ameace a incolumidade das pessoas e do patrimônio; 3) Ameaças são atos ou tentativas potencialmente capazes de comprometer a preservação da ordem pública ou ameaçar a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

As Operações de GLO possuem as seguintes características: atuação de forma integrada; emprego da inteligência e contrainteligência (produção de conhecimentos e salvaguarda de informações, pessoas e instalações); limitação do uso da força e das restrições à população; emprego da tropa, com solução por meios pacíficos e evitar embates com APOP, elaboração, disseminação e prática das Regras de Engajamento (uso progressivo da força); dissuasão (ações de presença com policiamento ostensivo); comunicação social para a transparência das ações e objetivos da operação, busca do apoio da população e esclarecimentos à sociedade em geral; por fim, negociação: ações iniciais, antes do emprego da tropa, ações de convencimento por pessoal qualificado e persuasão das lideranças dos Agentes de Perturbação da Ordem Pública (APOP).

Com referência à tropa militar, vários são os motivos para o uso dos militares das forças armadas, dentre os quais podem ser destacados os seguintes: a) rigidez do comando na execução das missões, decorrentes da hierarquia e disciplina que orientam a organização castrense; b) alta qualificação dos oficiais encarregados; c) contingente de pessoal instruído, adestrado e em plenas condições de aprestamento; d) proibição de greve pelos militares.

Esta atuação nas atividades típicas de segurança pública não descaracteriza a natureza militar das intervenções transitórias e episódicas que são regidas pelos princípios⁹³ da razoabilidade, informador de que as ações deverão ser comedidas e moderadas, de compatibilidade entre meios e fins da

⁹³ MD-33-M-10: 4.1 Generalidades 4.1.2 A Razoabilidade consiste na compatibilidade entre meios e fins da medida. As ações devem ser comedidas e moderadas. 4.1.3 A Proporcionalidade é a correspondência entre a ação e a reação do oponente, de modo a não haver excesso por parte do integrante da tropa empregada na operação. 4.1.4 A Legalidade remete à necessidade de que as ações devem ser praticadas de acordo com os mandamentos da lei, não podendo se afastar da mesma, sob pena de praticar-se ato inválido e expor-se à responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso (pág. 25).

medida; da proporcionalidade, que deverá haver correspondência entre ação e reação (sem excessos por parte de integrantes da tropa empregada) e o da legalidade, agir de acordo com a lei, pois do contrário, poderá incidir na responsabilidade disciplinar, civil e criminal, conforme o caso.

Na Op GLO o uso legal da força vem definido nas chamadas Regras de Engajamento⁹⁴, que contêm quando a força será usada, onde será usada e quão a quantidade da força será usada, assim como esta se aplica também às situações das mais diversas como as Operações na faixa de fronteira; a patrulha naval e a fluvial e combate ao tráfico aéreo ilícito, a Garantia da Votação e a Apuração, Segurança do Presidente da República, dentre outros.

Durante o emprego, a partir do conhecimento e da prática das Regras de Engajamento pelos militares, dificilmente ocorrerão resultados negativos ou indesejados durante o cumprimento da missão.

O uso da força não pode ser confundido aqui com violência (ação arbitrária, ilegal e atentatória). Ele deve ser entendido como o meio pelo qual se controla uma situação que ameaça à ordem pública, a dignidade e a integridade ou a vida das pessoas. É um ato legal e legítimo, desde que cumpra os princípios legais.

O emprego da força deve ser proporcional e razoável, sendo de grande valia a utilização de instrumentos com o menor potencial ofensivo. A inobservância do emprego da força mínima pode vir a caracterizar excesso culposos⁹⁵ ou abuso de poder⁹⁶ ambos tipificados no Art. 45 do CPM e Art. 467 CPPM, respectivamente.

Para exemplificar, o emprego temporário de militares das Forças Armadas para a preservação da ordem pública nas comunidades do Complexo da Penha e do Complexo do Alemão, no Rio de Janeiro, no ano de 2017/2018, as Regras de engajamento para a operação da Força de Pacificação foram as seguintes:

⁹⁴ Internacionalmente conhecidas pelo acrônimo ROE (do inglês *Rules of Engagement*). No Brasil, o “Glossário das Forças Armadas” (MD35-G-01) assim define o que sejam as ROE: “**REGRAS DE ENGAJAMENTO** – Caracteriza-se por uma série de instruções pré-definidas que orientam o emprego das unidades que se encontram na área de operações, consentindo ou limitando determinados tipos de comportamento, em particular o uso da força, a fim de permitir atingir os objetivos políticos e militares estabelecidos pelas autoridades responsáveis. Dizem respeito à preparação e à forma de condução tática dos combates e engajamentos, descrevendo ações individuais e coletivas, incluindo as ações defensivas e de pronta resposta”.

⁹⁵ CPM Art. 45. O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa.

⁹⁶ CPPM Art. 467. Haverá ilegalidade ou abuso de poder:

- a) O uso da força só é aceitável no cumprimento de tarefas amparadas pela legislação brasileira e nas hipóteses nela previstas e somente empregada quando esgotadas outras ações e na medida necessária ao estrito cumprimento da missão;
- b) Antes de empregá-la, em todas as situações, a tropa deverá usar medida de dissuasão;
- c) Reação mínima. A menor intensidade de violência, suficiente e necessária para repelir ou prevenir ato hostil;
- d) O uso da força, como último recurso, após esgotar todas as possibilidades de negociação, deve ser proporcional à ameaça;
- e) Usar moderadamente dos meios necessários para repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou de outrem até cessar a agressão;
- f) O emprego de munição real só deve ser feito como último recurso, diante da caracterização de ato hostil que represente grave ameaça à integridade física dos integrantes da Força de Pacificação ou da população. (Apontar arma de fogo, realizar disparos etc.);
- g) Se o uso da força for inevitável, deve ocorrer de forma progressiva e proporcional à ação do oponente: 1º - executar tiro de advertência, se possível visível pela força adversa, intimidá-la; 2º - atirar somente na direção do oponente claramente identificado; 3º - direcionar o tiro no membro inferior do oponente → ferir, incapacitá-lo; 4º - se o oponente estiver em um veículo, direcionar tiro para o motor ou pneus.

7. CRIMES MILITARES

O Código Penal Militar que tipifica na Parte Especial os crimes militares abrange não só os mesmos princípios gerais do direito penal brasileiro, como os que regem e atendem às necessidades da organização e manutenção das Forças Armadas e das instituições militares.

8. COMPETÊNCIA

A competência da Justiça Militar da União, definida pelo Artigo 124 da CF/88, é de processar e julgar os crimes militares definidos em lei, o que veio regulamentado pelo Decreto-Lei nº 1.001, de 21/10/1969 - Código Penal Militar (CPM), e prevê os crimes militares em tempo de paz e em tempo de guerra, na parte geral, respectivamente, previstos nos artigos 9º e 10º, tendo como principais jurisdicionados os militares das Forças Armadas e, em certas circunstâncias, os civis também⁹⁷.

Alves-Marreiros⁹⁸ (2015, p. 87) destaca que a conduta será considerada crime militar se, quando e porque estiverem adicionalmente presentes dois requisitos, saber: a) Que o crime esteja tipificado na Parte Especial do Código Penal Militar; b) Em seguida que o crime seja praticado em alguma das circunstâncias previstas no art. 9º ou 10 do CPM.

O inciso III do parágrafo 2º do Art. 9º do Código Penal Militar (com a alteração na Lei nº13.491, 13/10/17), que interessa a nossa análise, prevê expressamente a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida, cometidos por militares das Forças Armadas contra civil, se praticados no contexto de atividade de natureza militar, de operação de paz, **de garantia da lei e da ordem** ou de atribuição subsidiária, realizadas em conformidade com o disposto no art. 142 da Constituição Federal e na forma da [Lei Complementar no 97, de 9 de junho de 1999. \(Grifos nossos\)](#)

Identificada a competência, a conduta do militar em missão de Operação da Garantia da lei e da ordem, será analisada à luz da Lei Penal Militar, Parte Especial - Dos crimes, para identificar em que circunstâncias o fato ocorreu – uso da força progressiva, e se estas justificam excluir o crime, para reconhecimento da legítima defesa.

9. LEGÍTIMA DEFESA

A lei penal militar ao permitir que se pratiquem condutas criminosas como matar alguém (homicídio) ou ofender a integridade corporal ou saúde de outrem (lesão corporal) que, em outras hipóteses seriam crimes, não deu permissão

⁹⁷ <https://www.stm.jus.br>

⁹⁸ Alves-Marreiros, Adriano Alves, Direito Penal Militar, SP, Ed. Método, 2015, p.87.

incondicional ou o direito ao autor do delito fazer justiça pelas próprias mãos. Apenas permite o convencimento de que não houve crime na conduta de quem em determinadas circunstâncias legais, desde que justificadas, mereça o manto da legítima defesa, prevista entre outras causas de exclusão da criminalidade.

No Código Penal Militar a legítima defesa está prevista nos artigos 42, II, e 44:

“Exclusão de crime

“Art. 42. Não há crime quando o agente pratica o fato:

II - em legítima defesa;

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. ”

As modalidades de Legítima Defesa podem ser divididas quanto ao momento do exercício: a agressão atual ou iminente; quanto à espécie do bem jurídico defendido: integridade física ou a vida e o patrimônio; quanto à titularidade do bem jurídico protegido, o bem pode ser do próprio agente ou de terceiros.

As características de sua definição, agressão injusta, deve ser violenta, sem razão que a justifique e sem a contribuição do defensor. A jurisprudência, no entanto, já entendeu em caso específico que pode haver legítima defesa mesmo quando há retorsão a uma agressão, ou seja, o defensor se defende de uma agressão quando ele próprio deu causa àquela agressão. Atual pelo efetivo ataque já em curso no momento da reação defensiva e iminente, estar prestes a ocorrer. Admite-se a repulsa, desde logo, pois ninguém está obrigado a esperar até que seja atingido por um golpe.

A doutrina denomina esta Legítima Defesa de real ou concreta. Trata-se de uma justificante e consiste em repelir uma injusta agressão, atual ou iminente, a direito seu ou de outrem, usando moderadamente dos meios necessários (Artigo 44 do CPM). Se ocorrer excesso, responderá por ele na forma dolosa ou culposa.

O emprego de militares, em atividade militar, na Op GLO, conforme o §7º do artigo 15 da LC nº 97/99, diante de ameaça⁹⁹ provocada por um agente de perturbação da ordem pública (APOP), empregando o uso progressivo da força, para autodefesa ou defesa de terceiros, de acordo com as elementares normativas impõe verificar se houve o uso dos meios necessários (se a agressão poderia ser contida sem emprego de força letal) e se houve a moderação no uso desses meios. Não deve ser entendida milimetricamente, mas analisada as circunstâncias de cada caso.

As Regras de engajamento, para o militar nesta missão, é a norma para o uso moderado dos meios necessários para repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou de outrem, proporcionalmente à violência sofrida e apenas até cessar a agressão, que injusta, atual ou iminente, se justifica se for para defesa de ataques diretos ou no caso de ameaças concretas à sua integridade física; ou para evitar que um membro da tropa seja atingido ou capturado; ou para proteger equipamentos e instalações; ou para manter posições necessárias ao cumprimento de sua missão; ou contra "atos ameaçadores", tais como: apontar arma de fogo para um militar, realizar disparos, bloquear passagens com veículos, portar ostensivamente ou não armas de fogo (a uma distância que a tropa possa ser atingida), detonar artefatos explosivos, acender coquetel Molotov, entre outras.

10. LEGÍTIMA DEFESA PUTATIVA

A chamada defesa contra agressão ficta. Aquela em que o agente tem falsa percepção da realidade que faz com que pense que está agindo em legítima defesa, quando, de fato, não está sofrendo agressão alguma. Não excluirá a ilicitude como a prevista no artigo 42 do CPM, no entanto, excluirá o dolo e conseqüentemente o fato típico pela caracterização de erro de tipo.

Em geral, a legítima defesa não se caracteriza se a agressão for futura (ameaça) ou passada (vingança).

⁹⁹ MD-33-M-10, AMEAÇA. Atos ou tentativas potencialmente capazes de comprometer a preservação da ordem pública ou ameaçar a incolumidade das pessoas e do patrimônio.

No que se refere aos excessos, ao deixar de usar moderadamente dos meios necessários, a conduta poderá ser analisada à luz dos seguintes dispositivos:

“Excesso culposo

Art. 45. O agente que, em qualquer dos casos de exclusão de crime, excede culposamente os limites da necessidade, responde pelo fato, se este é punível, a título de culpa. ”

Trata-se do caso em que o agente, inicialmente se encontra em situação de reconhecida legítima defesa, dela se desvia e parte para o ataque, após dominar o agressor.

“Excesso escusável

Parágrafo único. Não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação. ”

Este excesso deriva de erro plenamente justificado pelas circunstâncias (legítima defesa subjetiva).

“Excesso doloso

Art. 46. O juiz pode atenuar a pena ainda quando punível o fato por excesso doloso.

Ao se defender o autor emprega meio que sabe ser desnecessário ou, mesmo tendo consciência de sua desproporcionalidade, atua com imoderação. Responderá pelo resultado dolosamente. Mata quando bastava tão-somente a lesão.

O seguinte julgado de habeas corpus¹⁰⁰ em que foi pleiteada a liberdade do autor do fato criminoso retrata esta situação:

O disparo relatado neste caso atingiu a parte traseira da cabeça, indicando, perfunctoriamente, que o autor do disparo estava atrás da vítima. A condição apresentada pelo autor do disparo desvela seu despreparo emocional para a função de policial. Fez uso de arma para satisfazer seu instinto mais primitivo de vingança, tornado notável

¹⁰⁰STJ - HC 175951/RJ – Habeas Corpus – 5ª Turma do STJ – 22/03/2011

a desproporção dos meios utilizados. Assim, não pode o representado permanecer livre, pois está a representar um perigo concreto para a sociedade.

Concluimos que, a bem da verdade, serão as circunstâncias de tempo e lugar que determinarão se a reação foi proporcional a uma ação injusta e grave dentro dos limites do que era razoável e das normas legais para excluir o dolo, tornando a ação atípica para o direito penal militar em razão da excludente de ilicitude da legítima defesa.

Para finalizar, independente de qual for ponto de vista analisado, o militar que utilizar moderadamente da força necessária, para repelir agressão injusta, contra si ou contra terceiro, na atividade militar desenvolvida nas Operações de Garantia da Lei e da Ordem, e culminar em lesões contra o agressor, poderá recorrer a excludentes de criminalidade judicialmente.

11. DISCUSSÃO ACERCA DAS OPERAÇÕES DE GARANTIA DA LEI E DA ORDEM

Sobre a intervenção federal no Rio de Janeiro no ano de 2017, houve um acirrado debate sobre até que ponto militares poderiam usar a força para confrontar o crime organizado, com a seguinte indagação: As Forças Armadas podem atirar para matar durante a intervenção no Rio de Janeiro? A resposta, em observância as Regras de engajamento, foram as seguintes: A polícia citou “os agentes de segurança pública não deverão disparar armas de fogo contra pessoas, exceto em casos de legítima defesa própria ou de terceiro contra perigo iminente de morte ou lesão grave”. “Não é legítimo o uso de armas de fogo contra pessoa em fuga que esteja desarmada ou que, mesmo na posse de algum tipo de arma, não represente risco imediato de morte ou de lesão grave aos agentes de segurança pública ou terceiros”; os Militares responderam que “O emprego de munição letal pela tropa só poderá ser feito, como último recurso, diante de caracterização de grave ato ameaçador contra a integridade física própria, de terceiros, de instalações e/ou de bens materiais essenciais ao cumprimento da missão”; e o Ministério Público Militar aduziu que “trilha o sentido de que, mesmo para a contenção de ameaça a instalações e/ou bens materiais, as

circunstâncias fáticas devem demonstrar potencial risco à vida ou à integridade física dos integrantes da tropa ou de terceiros, fazendo-se uso da força de forma progressiva e proporcional ao ato ameaçador”.

12. CONSIDERAÇÕES FINAIS

A manutenção da lei e da ordem é de vital importância para o exercício da democracia e para a própria existência do Estado e decorre da previsão do ordenamento jurídico e pelos Poderes do Estado.

O emprego das Forças Armadas para garantir a lei e a ordem obedece às disposições legais vigentes, sendo plenamente constitucional empregá-la para esse fim.

O emprego se baseia no princípio da subsidiariedade, só ocorre com esgotamento ou insuficiência dos órgãos incumbidos da Segurança Pública.

Ao longo desses anos, vários foram os empregos das Forças Armadas em Operação de Garantia da Lei e da Ordem, onde assumem funções policiais, sendo que as normas que regulam o uso das forças são diferentes.

Os governos estaduais deveriam procurar esforços para a melhoria do treinamento de pessoal e aparelhagem/instalações locais, evitando que as Forças Armadas sejam empregadas para o enfrentamento de casos de ordem pública, sob pena de prejuízos, como o desgaste de imagem e a deterioração da autoridade estatal.

A submissão dos militares à Justiça Militar da União – justiça especializada no cenário do judiciário nacional - se justifica pela essência do preparo e regramento militar diverso do civil, onde há legislação própria e por vezes mais severa que a legislação comum.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, [2019]. Disponível em: <https://www.stf.jus.br/arquivo/cms/legislacaoConstituicao/anexo/CF.pdf>. Acesso em: 11 ago.2020.

SILVA, José Afonso. Curso de Direito Constitucional Positivo. 25ª ed., São Paulo: Malheiros, 1992.

MINISTÉRIO DA DEFESA. Garantia da Lei e da Ordem, MD33-M-10. 2ª Edição. 2014. Disponível em: https://www.gov.br/defesa/pt-br/arquivos/2014/mes02/md33a_ma_10a_gloa_2eda_2014.pdf/view. Acesso em: 10 ago. 2020.

DA SILVA, Cláudio Alves. As Regras de Engajamento como tema fundamental de Direito Operacional Militar. Jusbrasil, 2020. Disponível em: <https://calaudyo.jusbrasil.com.br/artigos/487344660/as-regras-de-engajamento-como-tema-fundamental-de-direito-operacional-militar>. Acesso em 14 ago. 2020.

ALVES-MARREIROS, Adriano Alves, Direito Penal Militar, SP, Ed. Método, 2015.

KAWAGUTI, Luís. As Forças Armadas podem atirar para matar durante a intervenção no Rio de Janeiro? UOL, RJ. 28/02/2018. Disponível em: <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2018/02/28/as-forcas-armadas-podem-atirar-para-matar-durante-a-intervencao-no-rio.htm?cmpid=copiaecola>. Acesso em: 11 ago. 2020.

DIREITO DAS OPERAÇÕES MILITARES

Péricles Aurélio Lima de Queiroz¹⁰¹

Cirelene Maria S. Rondon de Assis¹⁰²

Os soldados não são como os outros homens – eis a lição que aprendi de uma vida entre guerreiros¹⁰³. (John Keegan, professor da Real Academia Militar de Sandhurst)

159

RESUMO: A proposta do presente artigo é apresentar ao leitor, de forma concisa e direta, o Direito das Operações Militares, ramo emergente da ciência jurídica de estreita relação com o emprego operacional de tropas militares. Matéria interdisciplinar integrante do Direito Público que visa, por meio das normas internacionais, nacionais, táticas e estratégicas das Forças Armadas, das diretrizes governamentais e das jurisprudências correlatas, propiciar aos comandos militares o suporte legal para a execução de cada uma das etapas das operações militares. O desiderato da disciplina é integrar o direito às operações militares, buscando conferir legitimidade e legalidade aos resultados operacionais e à proteção legal a quem delas participa.

PALAVRAS-CHAVE: Direito das Operações Militares. Emprego operacional de tropas militares. Direito integrado às operações.

O **Direito das Operações** é o único **Direito** capaz de proporcionar a mais completa, necessária e imprescindível **segurança jurídica** aos comandantes, oficiais e praças designados para executar missões fora do Quartel – seja no território nacional ou no exterior, em operações de Garantia da Lei e da Ordem (GLO), ações subsidiárias ou outras na conformidade da lei. A almejada **segurança jurídica** é a resposta legítima, constitucional e legal que se obtém do manejo doutrinário e científico da Ciência do Direito, na equação de uma problemática que o Direito Comparado – continental e europeu – vem construindo desde os anos 1980.

As instituições militares e as instituições jurídicas que operam o Direito Militar de forma ampla – Justiça Militar, Ministério Público Militar, Advocacia-Geral da União, Defensoria-Pública da União, entre outras – e as organizações civis formadas por militares, magistrados e membros do MP, os Clubes Militares e as associações de classe e entidades que se dedicam ao estudo desse ramo do Direito, são os precursores e principais protagonistas desse debate em nosso país, o

¹⁰¹ Bacharel em Direito. Especialista em Direito Internacional dos Conflitos Armados (UNB/ Universidade de Bochum Alemanha). Pós-Graduado pela Escola Superior de Magistratura do Estado do Paraná. Foi Membro do Ministério Público Militar por 35 anos. Ministro do Superior Tribunal Militar.

¹⁰² Bacharel em Direito e Odontologia. Especialista em Direito Penal e Processual Penal Militar pela FIJO PUC/RS. Especialista em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público. Especialista em Ciências Militares pela EsAO. Capitão do Quadro Complementar de Oficiais do Exército Brasileiro.

¹⁰³ KEEGAN, John. Uma História da Guerra. 1. ed. São Paulo: Ed. Schwarcz, 1995. p. 16.

qual deve, a partir dessa origem, ampliar-se para o ambiente acadêmico e político.

SUMÁRIO: I - Introdução ao Direito das Operações Militares - Evolução histórica; II - Conceito; III - Conteúdo, critérios para definição e fontes; IV - Objetivos; V - Interpretação do Direito das Operações Militares; VI - Relação com outros ramos do Direito; VII - Regime Jurídico, princípios de Direito das Operações Militares; VIII - Direito Comparado; IX - Conclusão; e Referências.

I - INTRODUÇÃO AO DIREITO DAS OPERAÇÕES MILITARES – EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A proposta do presente artigo é apresentar ao leitor, de forma concisa e direta, o Direito das Operações Militares, ramo emergente da ciência jurídica de estreita relação com o emprego operacional de tropas militares.

Antes de adentrar ao tema propriamente dito, mister se faz tecer uma síntese conjuntural histórica sobre a sua gênese.

Desde 1582, quando o jurista Balthazar Ayala publicou a obra clássica “De Jure et Officiis Bellicis et Disciplina Militari” e, após, com os estudos de Hugo Grotius (1583-1645), as civilizações buscam reduzir o sofrimento e a injustiça causados pela guerra, estabelecendo uma doutrina para o uso justo da força e a diminuição dos danos de toda ordem.

Às lições de Ayala somaram-se o livro “De Iure Belli ac Pacis” (Direito da Guerra e da Paz), precursor da teoria de humanização e legalização da guerra, escrito por Grotius em 1625. Essas duas obras são consideradas pela doutrina como as pioneiras no âmbito do Direito Internacional Humanitário (DIH).

Ao substancial desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário (DIH) e do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) a partir da segunda metade do século XIX agregou-se, após a 2ª Guerra Mundial, a incessante preservação dos Direitos Humanos, cujo marco fixou-se com a Carta das Nações Unidas (1945).

A doutrina especializada sustenta que as regras de engajamento, enquanto normas de emprego operacional das tropas militares, aferem validade jurídica no Direito das Operações Militares.

Essas diretrizes normativas de condutas, provavelmente, teriam sua origem histórica atrelada à Batalha de Bunker Hill, de 1775, ocorrida no curso da Guerra da Independência das 13 Colônias Americanas. E sob a ordem do Coronel W. Prescott “Não atirar até ver o branco dos olhos do inimigo”, vislumbraram-se os primórdios das regras de engajamento. Estabeleceu-se, embora incipiente, um limite de conduta do soldado no combate.

Há, ainda, quem atribua o nascedouro do instituto ao príncipe Carlos da Prússia e a Frederico, o Grande, respectivamente, durante a campanha contra as tropas austríacas em 1745 e em Praga no ano de 1757.

Na Guerra de Secessão, o jurista alemão radicado nos Estados Unidos, Francis Lieber, a pedido do Presidente Lincoln, criou um sistema normativo de regras de condutas destinado às tropas em campanha, denominado, “Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field”, publicado em 1863.

O documento ficou conhecido como Código Lieber. Esse manual prescrevia regras sobre todos os aspectos da condução da guerra terrestre, com o objetivo de evitar sofrimentos desnecessários e limitar o número de vítimas do conflito.

Apesar de ter sido um documento de ordem interna, redigido e promulgado unilateralmente para que fosse aplicado em uma situação de guerra civil, o Código Lieber serviu como fonte material para uma série de esforços normativos que se iniciaram na sociedade internacional, no século XIX, na medida em que, como dito, trazia em seu bojo um conjunto de disposições relativas à condução das hostilidades que posteriormente se consagrariam por costumes ou se materializariam em diplomas legais.

No intuito de cada vez mais estabelecer regras de comportamento durante os conflitos armados, no decorrer dos tempos, houve a necessidade de que o Direito fosse incorporado de forma ostensiva às condutas das tropas em estado de beligerância.

A batalha de Solferino, ocorrida no norte da Itália, em 24 de junho de 1859, foi um episódio decisivo na luta não apenas pela unificação da Itália, mas também um momento importante na evolução do Direito Humanitário, que, sem dúvida, hoje é parte significativa do conteúdo do direito operacional.

As preocupações brasileiras em regular as condutas dos militares do Exército em relação aos prisioneiros de guerra foram contemporâneas às já citadas norte-americanas. Tanto que, em 25 de dezembro de 1865, quando o país ingressava no segundo ano da Guerra da Tríplice Aliança, o Ministério da Guerra expediu as Instruções para o Tratamento dos Prisioneiros de Guerra. Nesse diploma buscou regular o modo de captura, classificação e distribuição daqueles capturados; os aprisionados sob palavra; os depósitos de praças, a polícia e a disciplina, e o trabalho.

Ao final do documento, dispôs que aquelas instruções serviriam de “regras” a serem observadas por todas as autoridades militares.

Notadamente, essas diretrizes de conduta adquiriram seu verdadeiro valor como ferramenta para controlar e gerir o uso da força durante o período da Guerra Fria. Ressalte-se que a denominação Regras de Engajamento foi utilizada pela primeira vez durante a guerra do Vietnã¹⁰⁴.

A percepção de que o direito deveria se integrar às operações militares adveio quando os Estados Unidos, após aquele conflito (1955-1975), se viram obrigados a repensar a questão da legalidade, da legitimidade e da segurança jurídica das operações de combate.

Tal postura decorreu da repercussão negativa gerada pelas Forças Armadas na opinião pública durante a campanha do Vietnã. Em que pese tenham atuado sob o manto de regras de engajamento e de acordo com as leis da guerra, episódios isolados acabaram abalando a credibilidade nacional e internacional relativas à atuação das tropas.

Nesse contexto de permanente estudo do tema, surgem, no final dos anos 1970, pesquisas sobre o direito operacional, sendo precursores juristas norte-americanos. Os resultados da Guerra do Vietnã, críticas e acusações públicas que se seguiram de episódios ocorridos nesse conflito levaram a estabelecer uma mudança de paradigmas jurídico-operacionais. Decorridos quarenta anos do término do conflito, restam inúmeras pendências jurídicas para reparações ambientais e vultuosas indenizações por danos produzidos pelo uso do agente

¹⁰⁴ HUMPHRIES, John G. (TC USAF). *El Derecho Operacional y el Reglamento de Combate en las operaciones Escudo del Desierto y Tormenta del Desierto*. Revista Air & Space Power Journal. 2º Trimestre de 1993. Disponível em: <http://www.au.af.mil/au/afri/aspj/apjinternational/apj-s/1993/2trimes93/humphries.html>. Acesso em: 7 set. 2017.

desfolhante laranja lançado por aeronaves militares. Estima-se em 400.000 o número de vítimas, nascidas após o conflito, portadoras de graves enfermidades devido à contaminação química por agente laranja. Além disso, busca-se processar empresas civis que forneceram o agrotóxico para uso bélico.

“Os soldados que retornaram do Vietnã foram recebidos com uma desconcertante combinação de hostilidade e descaso”, escreveram os historiadores do Centro de História Militar do Exército dos Estados Unidos¹⁰⁵.

Assim, logo após a retirada das forças estadunidenses daquela região asiática, passou-se a empreender estudos no meio castrense para definir uma doutrina que trouxesse maior segurança jurídica às tropas em operações e compatibilizasse o planejamento estratégico com medidas de controle da legalidade das condutas e procedimentos no teatro de operações.

Nesse rumo, a invasão de Granada (Out-Dez 1983), com a Operação “Urgent Fury” pode ser reconhecida como fator a impulsionar esse estudo em razão de denúncias de bombardeios sobre propriedades civis, violação de regras com prisioneiros e outros danos. Nela, empregaram-se cerca de 7.000 combatentes dos EUA e outros 2.000 de países do Caribe. A vitória militar, todavia, viu-se diminuída por denúncias de condutas operacionais incompatíveis com o direito interno e o direito internacional, provocando reflexões sobre a necessidade de uma lei operacional.

Para o jurista norte-americano D. E. Graham, que, em 1987, publicou o artigo “Operational Law – A Concept Comes of Age” (Revista “The Army Lawyer”, Jul. - p. 9-12), a Operação Urgent Fury constitui a “gênese do Direito das Operações Militares”¹⁰⁶. E o conceituou como “um Direito cuja aplicação se destina às operações militares”.

Também denominado na América do Norte de “Direito Bélico”, o Direito Operacional alcançou plena maturidade, segundo autores norteamericanos, com a 1ª Guerra do Golfo (1991), nas Operações Escudo do Deserto e Tempestade do Deserto, nos teatros do Kuwait e Iraque.

¹⁰⁵ SCHUBERT, Frank e KRAVI, Thereza. *Tempestade do Deserto*. Centro de História Militar do Exército dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército-Editora, 1998.

¹⁰⁶ LEÓN, Rodrigo Lorenzo Ponce de. *Las Reglas de Enfrentamiento (ROE) como paradigma del Estado de Derecho en Operaciones Militares*. Madrid: Revista Española de Derecho Militar. nº 99, 2012, pp. 37-220.

Segundo análise do Coronel John Humphries¹⁰⁷, do Departamento de Direito Operacional da USAF, “o exercício do Direito Operacional teve um papel importante para o êxito da campanha”. No interessante texto que publicou, intitulado “Regras de Enfrentamento – ROI como paradigma do Direito Operacional”, relata que em 43 dias ocorreram cerca de 120.000 voos da coalizão naquele território, 60% em missões de combate, sendo que assessores jurídicos participavam da “depuração dos objetivos”, ou seja, analisavam as implicações legais dos bombardeios. Isso representava, segundo ele, de 2.000 a 3.000 casos diários. Evitou-se, por exemplo, que bombas atingissem as ruínas de Ur, templo construído 2.400 a.C., isto porque, ao seu lado, a Força Aérea Iraquiana estacionou uma esquadrilha de Mig-21. Contudo, o bombardeio do bunker Al Firdos de Bagdá, em 13.02.1991, trouxe grande dor de cabeça à coalizão, porque lá se encontravam centenas de civis introduzidos por militares iraquianos, mas se tratava de um objetivo militar legítimo.

Elementos jurídicos atuando com os comandantes estabeleceram uma “Lista Conjunta de Objetivos Vedados”, a qual incluía hospitais, escolas, prédios e monumentos culturais. Ademais, a cultura da lei operacional disseminada entre as tripulações de aeronaves resultou em que cerca de 25% das missões de combate regressassem sem lançar suas cargas porque não podiam ter certeza jurídica de que o objetivo não envolvia risco de ilegalidade.

Definir o objetivo militar válido é apenas uma das facetas do Direito Operacional. Na 1ª Guerra do Golfo, até 2 horas antes do início do primeiro ataque, militares podiam procurar um assessor jurídico para instituir ou alterar on-line questões previdenciárias, nominando beneficiários e escolhendo valores de seguro¹⁰⁸.

A mobilização da Força Expedicionária dos Estados Unidos com cerca de 800.000 militares exigiu a construção de arcabouço jurídico em diversos campos do Direito, desde o recrutamento e transformação de um Porto da Virgínia em porto militar, com a militarização dos serviços de estiva, cujos trabalhadores ameaçavam greve e recusavam o trabalho nas 24 horas.

A partir do final dos anos 1980, diversos países adotaram a nova doutrina, optando-se pela denominação de Direito Operacional: Estados Unidos

¹⁰⁷ HUMPHRIES, John G. (TC USAF), op. cit.

¹⁰⁸ Ibidem.

(Operational Law), França (Droit Opérationnel), Itália (Diritto delle Operazioni Militari), Canadá (Droit Opérationnel), Reino Unido (Manual of Service Law), Bélgica (Droit Opérationnel), Colômbia, Espanha, Chile, Honduras, Equador (Derecho Operacional Militar), Suíça, Austrália.

Na Espanha, consoante as palavras do General Auditor Carlos Eymar Alonso¹⁰⁹, o Direito Operacional surgiu após pesquisas realizadas pela Escuela Militar de Estudios Jurídicos em conjunto com França, Itália e Estados Unidos, realizados nos idos de 1999/2000, cujo objetivo era analisar e obter respostas para os problemas jurídicos que as Forças Armadas espanholas enfrentavam em relação à aplicação do direito interno no decurso das operações internacionais.

Nesse sentido, seguindo o modelo estadunidense, aportou a necessidade de qualificar os membros do Corpo Jurídico Militar sobre o trato das questões legais surgidas no âmbito das operações militares extramuros.

Como produto da compilação desses estudos, em 2001, o Ministério da Defesa da Espanha editou o livro “Lecciones de Derecho Operativo”, considerado o marco do surgimento das normas operacionais castrenses naquele país como matéria autônoma. O General Alonso aponta, ainda, a grande influência que Operacional Law norte-americana teve no surgimento do Direito das Operações Militares espanhol.

No Brasil, em que pese a doutrina ainda não ter adotado o Direito das Operações Militares como disciplina autônoma, incontestemente seu desenvolvimento pragmático, haja vista que, sob o manto do Estado Democrático de Direito, inconcebível a realização de qualquer operação militar à margem da lei.

De fato, inegável que, sem espaço para retrocessos, é tendente e crescente a consolidação e a afirmação globalizada da Lei Operacional Militar como ramo autônomo do Direito.

Como se vê, é, portanto, uma disciplina jurídica emergente que busca regular a legalidade do uso da força nas operações militares. Como tal, é ramo especializado e autônomo da Ciência legal.

¹⁰⁹ ALONSO, Carlos Eymar. *El Título IV de las Reales Ordenanzas a la Luz del Derecho Militar Operativo* in Revista Española de Derecho Militar. Ministerio de Defensa. nº 93, enero-junio 2009.

II - CONCEITO

Conceitualmente, o Direito das Operações Militares é reconhecido como matéria interdisciplinar integrante do Direito Público que visa, por meio das normas internacionais, nacionais, táticas e estratégicas das Forças Armadas, das diretrizes governamentais e das jurisprudências correlatas, propiciar aos comandos militares o suporte legal para a execução de cada uma das etapas das operações militares.

Outorga, assim, por intermédio do trabalho conjunto com as ciências militares, legalidade, segurança jurídica, análise, inteligência e humanidade às atividades típicas castrenses, sejam elas operações de guerra sejam de não guerra.

O professor Miguel Alía Plana¹¹⁰ conseguiu, de forma singular, estabelecer um conceito didático do novel ramo do Direito:

En una primera aproximación, el Derecho operativo se define como aquella rama del Derecho militar formada por el conjunto de normas públicas nacionales e internacionales que regulan la actividad de las Fuerzas Armadas en operaciones. También puede definirse, de forma más sencilla, como cuerpo legal que regula las operaciones militares y las materias conexas, lo cual es tanto como decir que regulan la actuación de las FAS en campaña, el Derecho del comandante en operaciones. Por ello es la esencia del Derecho militar contemporáneo, ya que su razón es regular los despliegues operacionales en tanto que tales son las principales actividades de las fuerzas armadas.

A projeção dos estudiosos do direito emergente é que a lei operacional se torne tão significativa para o comandante quanto o apoio ao fogo e a logística¹¹¹.

No “*Manual de Derecho de las Operaciones Militares*” do Ministério da Defesa do Equador, editado em 2014, restou definido:

Podemos conceptualizar el derecho en las operaciones militares como: la recopilación multidisciplinaria de varias ramas del derecho tanto

¹¹⁰ PLANA, Miguel Alía. *Concepto de Derecho Operativo in Manual de Derecho Operativo*. Madrid: Marcial Pons, 2015. pp. 71-83.

¹¹¹ Ibidem.

internacional como interno, que sirve al comandante para planificar y conducir las operaciones militares conforme a la Ley.

Em 2016, as Forças Armadas da Colômbia divulgaram o Manual “MFE 6-27 Derecho Operacional Terrestre”, discriminando “a responsabilidade pelo uso da força em cinco áreas do Direito: penal, disciplinar, administrativo, penal internacional e fiscal”. E assinalou:

El presente Manual Fundamental del Ejército, Derecho Operacional Terrestre, tiene gran importancia, toda vez que establece los principios y los marcos jurídicos para hacer uso de las armas del Estado en aras de garantizar el libre ejercicio de los derechos de la población civil. Así mismo, desarrolla los fundamentos de la responsabilidad que puede generarse en esta función, para que el comandante militar (en todos los niveles del mando) tome las medidas preventivas y correctivas en la conducción de las operaciones militares [...].

Referida publicação traz, ainda, o entendimento doutrinário desse novo ramo do Direito.

El Derecho Operacional se entiende como la integración de los tratados internacionales ratificados por Colombia, la legislación nacional y la jurisprudencia en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario al planeamiento, ejecución y seguimiento de las operaciones operativas y procedimientos de la Fuerza Pública; el cual regula la conducción de hostilidades y otras misiones militares en tiempos de guerra, transición, estabilización o paz, en cuanto al uso de la fuerza [...].

Así pues, a nivel conceptual, se ha sostenido que el derecho operacional es un cuerpo normativo encargado de regular la planeación, preparación, ejecución, evaluación y el seguimiento de cualquier operación militar ya sea ofensiva o defensiva, que se desarrolle en tiempos de paz o bien en tiempos de guerra.

III - CONTEÚDO, CRITÉRIOS PARA DEFINIÇÃO E FONTES

O Direito das Operações Militares é composto por todas as legislações que possuam impacto no desenrolar das operações militares e cuja aplicação auxilia seu êxito. Assim, é lícito afirmar que o seu conteúdo é aberto e em expansão: o chamado *checklist* jurídico ou normativo. Alonso destaca que o novo

ramo do Direito tem abarcado maiores espaços jurídicos em função das exigências que têm sido impostas na atual realidade das operações militares¹¹².

Desde el 2006, se vienen distinguiendo los siguientes capítulos: Uso de la fuerza, reglas de enfrentamiento, SOFAS, y asistencia legal en los lucha contra el terrorismo, operaciones internas, operaciones de evacuación de combatientes, operaciones especiales y asuntos civiles. A ellas hay que añadir una remisión a la publicación Joint Pub 3-07, en la que casi volvemos a entrar en el sistema de checklist, con una alusión a las siguientes operaciones: Control de armamentos, terrorismo, drogas, imposición de sanciones, interceptación marítima, imposición de zonas de exclusión, seguridad de libertad de navegación y vuelo, asistencia humanitaria, apoyo militar a autoridades civiles, operaciones de paz.

O desiderato da disciplina é integrar o direito às operações militares, buscando conferir legitimidade e legalidade aos resultados operacionais e proteção legal a quem delas participa.

Nesse viés, qualquer disciplina capaz de potencializar a concretização dos objetivos militares e atribuir maior grau de segurança jurídica integrará o nominado Direito das Operações Militares. Nesse aspecto é reconhecida sua multidisciplinaridade.

Cabe aqui assinalar que até mesmo os contratos sobre provedores privados militares com fins de recrutar pessoal civil para complementar as Forças Armadas a serviço do governo, em face da sua natureza *sui generis*, estariam sob o manto da norma operacional.

Evidente que essas relações jurídicas especiais não são entabuladas apenas nos períodos de conflito armado, mas também em situações de paz, como nas operações internas de garantia da lei e da ordem.

A teor da Portaria Normativa nº 3.810/MD, de 8 de dezembro de 2011, no Brasil, as operações de não guerra ocorrem, segundo o Ministério da Defesa, quando o poder militar for empregado sem implicar ações de efetivo combate, exceto em circunstâncias especiais, onde esse poder é usado de forma limitada, em situação de normalidade institucional ou não, tais como: garantia dos poderes constitucionais; garantia da lei e da ordem (GLO); prevenção e combate ao terrorismo e proteção da faixa de fronteira; defesa civil e ajuda humanitária;

¹¹² ALONSO, Carlos Eymar. Op. cit.

ações sob a égide de organismos internacionais; e/ou emprego em apoio à política externa em tempo de paz ou crise.

Sem embargo, essas ações militares, de igual forma, são desempenhadas sob a égide de regras de engajamento, por conseguinte, sob os auspícios dos normativos e dos princípios do Direito Operacional.

Ocorre que, em razão da ausência da consolidação do Direito Operacional no Brasil, aliado ao seu desconhecimento por grande maioria dos operadores do direito, em especial o Judiciário, as lides de toda ordem envolvendo o emprego das Forças Armadas, principalmente em segurança pública, na sua esmagadora maioria, não têm sido apreciadas nesse viés.

Nesse mister, para que se tenha a nítida noção da legalidade da atuação da tropa, faz-se necessária uma filtragem do emprego frente ao regime jurídico do Direito Operacional, tendo como ápice a Constituição Federal e passando pelas normas de direito administrativo, civil, previdenciário, penal e processual militar, tratados internacionais, até chegar às regras de engajamento da operação. Tudo por meio da base principiológica que rege o emprego do braço armado do Estado.

IV - OBJETIVOS

Doutrinariamente, o Direito das Operações Militares tem por objetivo principal proteger os direitos e as garantias fundamentais dos participantes e não participantes das operações militares. Para isso, busca identificar o marco legal da missão e zelar pelo seu respeito na preparação, no planejamento, na execução da ordem de operação, bem como nas consequências das ações militares.

A observância dos normativos jurídicos correlatos e sua reprodução nas regras de conduta da tropa de forma individualizada, em cada ordem de emprego, visam regular os meios e o uso da força, reduzir os impactos das operações militares nos aspectos econômicos, políticos, socioculturais e ambientais no âmbito nacional e internacional, além de consolidar o Direito das Operações Militares por meio do respeito aos seus postulados básicos.

V - INTERPRETAÇÃO DO DIREITO DAS OPERAÇÕES MILITARES

No direito brasileiro, toda aplicação de lei deve ser precedida de interpretação. A atividade exegética deve sempre ter seu início no parâmetro constitucional.

Interpretar é entender e atingir o sentido das normas e captar os fins almejados pela legislação. A interpretação do Direito Operacional está sujeita aos princípios hermenêuticos gerais de qualquer ramo do Direito, obviamente, com o viés constitucional do emprego das forças militares.

Nesse ponto, ao integrar o direito no planejamento de uma operação militar, cabe ao assessor jurídico do comando estudar a viabilidade legal da missão e, com base nos normativos correlatos, emitir o parecer técnico e, se for o caso, estabelecer os parâmetros jurídicos da atuação da tropa no corpo das chamadas regras de engajamento.

No Brasil, o conceito de Regras de Engajamento extrai-se do disposto na Portaria Normativa nº 186/MD, de 31 de janeiro de 2014, que dispõe sobre as operações de “Garantia da Lei e da Ordem”.

À luz do Direito Operacional é pacífico que as regras de engajamento, no sentido genérico do documento, possuem duplo caráter, a saber: função técnica diretiva da finalidade da operação e referencial jurídico da sua legitimidade. Natureza dúplici que reclama a participação na sua confecção tanto de militares da linha combatente quanto dos da linha complementar que, obviamente, esses últimos especializados em direito das operações castrenses.

Notadamente, as regras de engajamento, na parte que trata da legalidade da missão, seriam o produto final da interpretação do Direito Operacional após a exegese do assessor jurídico militar. No entanto, não é o único resultado, pois diversos outros atos administrativos podem resultar dessa citada área técnica.

VI - RELAÇÃO COM OUTROS RAMOS DO DIREITO

A disciplina do Direito das Operações Militares encontra pontos de interseção com diversas outras áreas das ciências jurídicas. Direito Constitucional: o Direito das Operações Militares tem como fonte direta normas

que regulam a estrutura do Estado e do Poder, notadamente, quando busca regular as atividades de um dos elementos orgânicos da Constituição Federal: as Forças Armadas, instituições incumbidas da defesa da Pátria, da garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. Como tal, busca sua validade nas regras encartadas na Constituição da República.

Direito Eleitoral: as Forças Armadas têm sido empregadas com frequência no apoio ao processo eleitoral. Nesse aspecto, conseguem contribuir para que o Estado efetive o direito fundamental do cidadão ao voto, ainda que nos rincões do Brasil.

Direito Administrativo: as Forças Armadas, como ente público, não estão isentas de incidência desse ramo do Direito. Todavia, há aspectos especiais envolvendo aquisição de produtos de defesa, armamento e munição, que podem recomendar um viés peculiar nos processos licitatórios ou, até mesmo, flexibilizá-los nos casos de emprego operacional emergencial. Há nesse campo também o direito disciplinar.

Direito Ambiental: a Lei Complementar 97/99, que trata da organização, preparo e emprego das Forças Armadas, elencou uma série de atribuições às Forças singulares, dentre as quais a repressão ao crime ambiental.

Direito Civil: as ações decorrentes do emprego operacional de tropas, em ambiente urbano ou não, podem desencadear responsabilidade civil tanto para o Estado quanto para o particular.

Direito Penal Militar: contempla o rol de delitos tipificados como crimes militares, bem como o conjunto de regras e princípios que amparam a dogmática penal castrense.

Direito Processual Penal Militar: conjunto de regras e princípios que disciplinam a apuração, a instrução processual e o julgamento dos crimes militares.

Direito Internacional Humanitário: nos dizeres de Christophe Swinarski¹¹³:

¹¹³ SWINARSKI, Christophe. *Principales nociones e institutos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección a la persona humana*. San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1991.

O Direito Internacional Humanitário é o conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não internacionais, e que limita, por razões humanitárias, o direito das Partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, ou que protege as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito.

Evidente que o elenco é meramente exemplificativo. O Direito é dinâmico, o entrelaçamento entre Direito das Operações Militares e os demais ramos da ciência jurídica irá depender do caso concreto. Podemos citar até a possibilidade do imbricamento com o Direito Informático ou Cibernético.

VII - REGIME JURÍDICO, PRINCÍPIOS DE DIREITO DAS OPERAÇÕES MILITARES

Das inúmeras passagens em que a Carta Magna de 1988 cita os militares podem ser extraídos alguns princípios, a saber: Princípio da hierarquia e da disciplina; Princípio da desconcentração das Forças Armadas em Marinha, Exército e Aeronáutica e das Forças Auxiliares; Princípio da permanência e da regularidade das Forças; Princípio da subordinação das Forças; Princípio da destinação estrita; Princípio da obrigatoriedade do serviço militar ou da Nação em Armas; e Princípio da derrogação parcial das liberdades políticas e dos direitos fundamentais dos militares.

Desses postulados e de normativos correlatos, extraem-se alguns outros, tais como:

Uso Progressivo da Força – corolário da legalidade, objetiva estabelecer o instrumento normativo que autoriza e dosa a conduta operacional; calcada no critério da necessidade e da adequação da ação militar.

Prevalência dos direitos humanos – em qualquer situação de emprego, as ações operacionais militares têm por condicionante o respeito aos direitos humanos e à dignidade da pessoa humana tanto nas operações de guerra como nas de não guerra.

Razoabilidade e proporcionalidade nos meios de emprego – nas operações militares o uso da força sempre terá por parâmetro a razoabilidade e

a proporcionalidade (adequação dos meios necessários aos fins do emprego operacional da tropa, com o desiderato de evitar os excessos).

Subsidiariedade do emprego das Forças Armadas – salvo situações de defesa da pátria, o emprego das Forças Armadas ocorrerá de forma extraordinária e complementar aos demais órgãos estatais. As Forças Armadas sempre são empregadas como a *ultima ratio* do Estado.

Decisão política do emprego – à exceção de previsão legal expressa, a realização de operações militares depende de determinação do Presidente da República, comandante supremo das Forças Armadas.

Precaução: refere-se às medidas anteriores que devem ser tomadas previamente à realização de um ataque, a fim de garantir, entre outros, o princípio da distinção, humanidade, proporcionalidade. Como um dos modos de externalização do postulado pode ser elencada a criação do Quadro de Assessores Jurídicos Operacionais, cuja principal função é aconselhar os comandantes militares na tomada de decisões. Esses profissionais devem ser bacharéis em Direito e preparados para assessorar sobre questões de Direito Operacional no decorrer do planejamento, da execução e da avaliação de operações militares.

O assessor jurídico operacional é um advogado das Forças Armadas familiarizado com operações castrenses e conhecedor dos direitos humanos e das leis que se aplicam aos militares. Em países que reconhecem o Direito Operacional como disciplina autônoma esses assessores também fazem avaliações de inteligência e analisam a adequação jurídica das operações militares de acordo com o marco legal aplicável – como é o caso dos Estados Unidos.

A demanda pela observância da necessidade de auxílio legal aos Comandantes de Forças não é novidade nos textos normativos. Citamos aqui o art. 82 do Protocolo I adicional às convenções de Genebra, que trata da Proteção das Vítimas de Conflito Armado de Caráter Internacional, internalizado pelo Brasil mediante o Decreto nº 849, de 25 de junho de 1993:

As Altas Partes Contratantes em qualquer tempo, e as Partes sem conflito armado, assegurar-se-ão de que, quando necessário se disponha de assessores jurídicos que assessorem aos comandantes militares, ao nível adequado, sobre a aplicação das Convenções e do presente Protocolo e da instrução apropriada que deva ser dada às Forças Armadas.

O Manual de Campanha do Exército, C-101-5, Estado-Maior e Ordens, 2º volume, no item “A-12. DISCIPLINA E JUSTIÇA MILITAR”, ao tratar das generalidades, afirma que “O assessor jurídico é responsável direto pela supervisão e orientação da administração da justiça militar na organização [...]”.

Do mesmo modo, a existência de regras de engajamento representa a implementação do princípio da precaução, além de cumprir os princípios de distinção e proporcionalidade; é mecanismo básico para a alta administração decidir quando empregar uma tropa militar e a quantidade de força que pode ser usada. Determina o grau e as modalidades de aplicação desta força, bem como os limites dentro dos quais um comandante pode agir.

As regras de engajamento são a soma de vários fatores, incluindo o quadro legal de operações, instruções políticas e militares.

Evidente que, em face da multidisciplinaridade do Direito das Operações Militares, há um leque em expansão dos postulados aos quais se deve observância, ainda que não estejam eles explícitos ou até mesmo nominados.

VIII - DIREITO COMPARADO

Não apenas os Estados Unidos, a Espanha e a Colômbia que se renderam à necessidade do Direito Operacional, mas também outros países vêm ressaltando a importância dessa ferramenta de apoio ao comando das forças castrenses, como é o caso do Canadá. Para os canadenses, esse ramo especial do Direito Militar tornou-se uma parte essencial da condução das operações militares: as leis aplicáveis a essas missões impactam em cada comando. O comandante moderno deve ter um conhecimento e apreciação dos aspectos legais da condução do emprego das tropas.

Na Austrália, a lei operacional tornou-se um fator e componente indispensável no planejamento e execução das operações militares.

A França não desconhece o Direito das Operações Militares. E entende que o fenômeno da judicialização também afeta o soldado¹¹⁴.

Os militares franceses perceberam a importância do direito em sua missão. Este é um assunto que não pode mais ser evitado nas operações e com o qual as forças armadas devem lidar. Embora seja difícil conhecer e aplicar todas as disposições legais, o papel do assessor jurídico é apoiar o comando na sua tomada de decisão e também formar a lei operacional. Os vários ramos especializados do direito e dos conflitos armados também fazem parte dos conhecimentos do assessor jurídico. É essencial substituir a desconfiança do pessoal militar pelo conhecimento da lei, o que, nesse aspecto, representa um esforço dos profissionais de direito operacional.

Há notícias da existência do Direito Operacional em Israel desde 1948¹¹⁵.

A criação da Escola de Direito Internacional Humanitário do Exército da Colômbia, em 2009, proporcionou notável avanço para a doutrina do Direito Operacional naquele país.

Na Europa, Espanha é o país que mais debateu a doutrina, com a participação de juristas de renome e a Escuela Militar de Estudios Jurídicos (EMEJ), estabelecimento do Ministério da Defesa onde são formados os Oficiais do Corpo Jurídico das Forças Armadas e Guerra Civil. Desde 2001, a *Escuela* mantém cursos de especialização em *Derecho Operacional*.

Importante ressaltar que, em 1995, foi criado, no Panamá, o Comitê Jurídico Militar das Américas (COJUMA), contando com a colaboração de oito países da América Central e do Sul. A ideia inicial foi a de trabalhar em conjunto para fazer um estudo comparativo dos sistemas de justiça militar nas Américas. Desde então, o Comitê tem se esforçado para guiar os assessores jurídicos das Forças Armadas e as autoridades civis dos países membros.

¹¹⁴ BARAT-GINIES, Oriane. *Le militaire français face au droit*. Disponível em: https://www.ihedn.fr/sites/default/files/atoms/files/barat_ginies_oriane_le_militaire_face_au_droit_mars2011.pdf. Acesso em: 7 set. 2017. Tradução livre.

¹¹⁵ Craig A. Jones. *Frames of law: targeting advice and operational law in the Israeli military*. Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0263775815598103>. Acesso em: 26 ago. 2017.

É crescente o número de países sul-americanos que vêm despertando para a necessidade de internalizar esse novo ramo do conhecimento jurídico. E propiciar um pouco de alento para os comandantes, para a tropa e para a população civil ao vislumbrarem um esboço, ainda que incipiente, de segurança jurídica no emprego operacional das forças militares.

IX - CONCLUSÃO

Caminhando para a conclusão, consignamos que as regras operacionais sob a ótica do seu conteúdo tático e estratégico não constituem disciplina moderna, ao revés, remontam a tempos longínquos.

Contudo, sem dúvida é inovadora a consolidação das legislações congêneres às operações militares sob o enfoque de ramo autônomo do Direito, tudo com espeque na necessidade cada vez mais crescente da filtragem jurídica constitucional no planejamento, preparo e emprego do braço armado governamental, na vertente promocional e garantidora do próprio Estado Democrático de Direito.

Nesse conspecto, com acerto o Estado armado se submete ao direito nacional e internacional posto. Clausewitz¹¹⁶ afirmou ser a guerra a continuação da política por outros meios; a política de guerra institucionalizada nas regras de engajamento é, certamente, a continuação do Direito por outros meios.

Exatamente nessa vertente que exsurge o ramo jurídico Operacional Militar calcado em base principiológica afeta não apenas aos objetivos militares, mas, primordialmente, ao acatamento das regras caras de Direitos Humanos.

A disciplina operacional como matéria especial do Direito acena para a possibilidade fática e legal da coexistência pacífica e respeitosa entre o uso da força pelo Estado e a garantia de direitos fundamentais, mais precisamente, a dignidade da pessoa humana, em especial daquele que se vê fora do combate.

Certamente louvável o esforço dos Estados e de suas Forças Armadas em debruçar-se sobre o novo ramo jurídico castrense, da mesma forma, digna

¹¹⁶ Carl Von Clausewitz, Oficial do exército prussiano, autor da obra “Da Guerra”, Publicações Europa-América, abril de 1997.

de aplausos a preocupação constante em criar e adequar as carreiras de assessores jurídicos militares que, hodiernamente, são componentes essenciais à segurança jurídica das operações militares de guerra e não guerra. E, por conseguinte, corresponsáveis pela garantia do respaldo da legalidade e legitimidade das operações.

Nesse sentido, a Marinha, o Exército e a Aeronáutica contam com Quadro específico de oficiais de carreira qualificados para prestarem o assessoramento jurídico adequado nas operações militares, permitindo que os combatentes não necessitem desvencilhar das atividades para as quais foram formados e, assim, se dediquem inteiramente, com segurança jurídica, às atividades-fins do emprego operacional.

Cabe aqui ressaltar que a Marinha do Brasil foi pioneira em termos de adequação estrutural e, em 2015, criou uma Seção de Direito Operacional no Comando de Operações Navais (Portaria nº 90/Com Op Nav, de 3 de dezembro de 2015).

As Forças Militares não podem divorciar-se das suas missões constitucionais. Sua constante preparação deve incluir conhecimento jurídico operacional, em consonância com as justas proporções e observância aos princípios do Direito das Operações Militares, evitando atuação extra ou infra limites legais.

Uma clara definição jurídica das regras de engajamento, capaz de estabelecer parâmetros de comportamento para todos os envolvidos em uma operação militar, seja ela no âmbito nacional ou internacional, é de fundamental importância para o sucesso da atividade castrense; ao contrário, o desconhecimento ou dúvidas interpretações das normas legais podem contribuir decisivamente para o seu fracasso.

O assunto é realidade no plano internacional. O fato de não ter reconhecimento expresso no Brasil não afasta sua incidência tácita, na medida em que não há emprego do braço armado do Estado à margem da lei.

Não estamos aqui a afirmar que devemos importar uma lei operacional nos moldes de determinado país, longe disso, apenas precisamos criar nossa própria disciplina que integra o direito às operações militares, mas, obviamente, adequada à nossa realidade. Isso inclusive em relação à denominação.

O Direito deve ser apto a ofertar segurança jurídica a todo aquele que participa de uma operação militar, seja ela de guerra ou não guerra, seja no âmbito nacional ou internacional.

A operação militar termina quando o último homem está a salvo dos problemas jurídicos.

REFERÊNCIAS

ALONSO, Carlos Eymar. El Título de las Reales Ordenanzas a la Luz Del Derecho Militar Operativo. *Revista Española de Derecho Militar*. Ministério de Defesa. nº 93, enero-junio 2009.

AMARAL JÚNIOR. José Levi Mello do. *Análise do Fundamento Jurídico do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem*. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/176558/000848746.pdf?sequence=3>. Acesso em 16 nov. 2016.

BARAT-GINIES, Oriane. *Le militaire français face au droit*. Disponível em: https://www.ihedn.fr/sites/default/files/atoms/files/barat_ginies_oriane_le_militaire_face_au_droit_mars2011.pdf. Acesso em 7 set. 2017. Tradução livre.

BELTRAMELLI NETO. Silvio. *Direitos Humanos*. Salvador: Juspodivum, 2016.

BRASIL. Ministério da Defesa. MD-34-M-03: *Manual de Emprego do Direito Internacional dos Conflitos Armados (DICA) nas Forças Armadas*. 1. ed. Brasília, 2011.

_____. Ministério da Defesa. MD-34-M-02: *Manual de Operações de Paz*. 3. ed. Brasília, 2013.

_____. Ministério da Defesa. MD-33-M-10: *Manual de Garantia da Lei e da Ordem*. 2. ed. Brasília, 2014.

CRAIG A. Jones. *Frames of law: targeting advice and operational law in the Israeli military*. Disponível em: <http://journals.sagepub.com/doi/abs/10.1177/0263775815598103>. Acesso em: 26 ago. 2017.

COLOMBIA. Ministério da Defesa Nacional. *Dirección de Derechos Humanos Grupo de Doctrina Y Asesoría Jurídica*. Bogotá, 2013.

_____. Centro de Doutrina do Exército da Colômbia. *Manual "MFE 6-27 - Derecho Operacional Terrestre"*. 1 ed. Bogotá, 2016.

EQUADOR. Ministério da Defesa. *Manual de Derecho de las Operaciones Militares*, 2014.

FRANCISCO, Eugenio Pérez de. **Manual de Derecho Operativo**. Madrid: Marcial Pons, 2015.

FIGUEIREDO, Dehon Padilha. *Direito Operacional Militar: análise dos fundamentos jurídicos do emprego das Forças Armadas na garantia da lei e da ordem*. Monografia, 2016.

HUMPHRIES, John G. (TC USAF). *El Derecho Operacional y el Reglamento de Combate em las operaciones Escudo Del Desierto y Tormenta Del Desierto*. Revista Air & Space Power Journal. 2º Trimestre de 1993. Disponível em: <http://www.au.af.mil/au/afri/aspj/apjinternational/apj-s/1993/2trimes93/humphries.html>. Acesso em 7 set 2017.

KEEGAN, John. *Uma História da Guerra*. 1 ed., São Paulo: Ed. Schwarcz, 1995.

LEÓN, Rodrigo Lorenzo Ponce de. *Las Reglas de Enfrentamiento (ROE) como Paradgmadel Estado de Derecho em Operaciones Militares*. Madrid: Revista Española de Derecho Militar. Ministério de Defensa. nº 99, enero-diciembre 2012.

Normas na prática: intervenção e operações de paz PUC-Rio. Disponível em: http://www.maxwell.vrac.puc-rio.br/16289/16289_4.PDF. Acesso em: 13 nov. 2016.

RICHARD P. Di Meglio, *Training Army Judge Advocates to Advise Commanders as Operational Law Attorneys*, 54 B.C.L. Rev. 1185 (2013), <http://lawdigitalcommons.bc.edu/bclr/vol54/iss3/13>. Acesso em 26 ago. 2017.

ROCASOLANO, Maria Mendez; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. *Direitos humanos – conceitos, significados e funções*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SILVA, Claudio Alves da. *Direito Aplicado às Operações de garantia da Lei e da Ordem*. Brasília, 2015.

SOUZA, Graziene Carneiro de. *MONUSCO: a atuação brasileira em operações de paz robustas*. in BRASILIANA – Journal for Brazilian Studies. vol. 3, nº 2 (March, 2015).

SCHUBERT, Frank e KRAVI, Thereza. *Tempestade do Deserto*. Centro de História Militar do Exército dos Estados Unidos. Rio de Janeiro: Biblioteca do Exército-Editora, 1998.

SWINARSKI, Christophe. *Principales nociones e institutos Del derecho internacional humanitário como sistema de protección a la persona humana*. San José : Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1991.

MENAGEM: UMA MEDIDA CAUTELAR DE VANGUARDA E ALTERNATIVA À PRISÃO

Milton Sérgio Trindade de Souza¹¹⁷

1 INTRODUÇÃO

O ano era o de 1895. Como um dentre muitos adolescentes, o jovem rapaz José, de origem humilde, cresceu e se criou em uma cidade do interior da Bahia, de nome Riachão do Jacuípe. Desde de sua infância, José ficava encantado com os animais e por isso tinha a vontade de ir para a “cidade grande” e realizar o curso de veterinária. Ocorreu que, seus planos tiveram de ser adiados, pois foi obrigado a cumprir o seu dever cívico de alistar-se no serviço militar no ano em que completou 18 anos. Uma vez selecionado, foi convocado para o serviço ativo do Exército Brasileiro. Contudo, José não se apresentou no dia da sua convocação, mesmo consciente de que esta conduta era passível de sanções, e a ele foi atribuído um delito denominado de insubmissão, previsto exclusivamente no Código Penal Militar.

Alguns anos antes, em 1864, o Brasil tinha sido surpreendido por uma invasão do vizinho Paraguai. Outras Nações aparentemente enfraquecidas sofriam com agressões assim. A obtenção da paz no futuro dependeria da necessária prontidão militar como fator de dissuasão. A paz reinou no País desde o final desta guerra terrível.

Diante destas situações, em que as condições pessoais influenciam na tomada de decisão, mas na qual se afronta um dever cívico de suma importância para a segurança externa do País, em que a simples ausência de sanções poderia levar a uma desobediência em massa deste dever constitucional, o legislador resolveu, de forma inovadora, admitir uma nova espécie de medida cautelar - a Menagem -, afastando-se da bipolaridade entre prisão e soltura que vigorava à época e viria a perdurar por mais de um século no processo penal brasileiro. Foi prevista expressamente a possibilidade da concessão da Menagem no quartel a jovens como José. Este rapaz não ficaria encarcerado, mas teria sua liberdade restrita à organização militar e poderia, então, realizar atividades militares, sem trazer maiores prejuízos para o serviço militar a cargo das Forças Armadas e sem restringir demasiadamente a sua liberdade.

¹¹⁷ Diretor de Secretaria da Auditoria da 6ª CJM, Bacharel em Direito pela UCSAL, Especialista em Direito Militar pela UCB e em Direito Penal e Direito Processual Penal pela UNIFACS.

Trata-se de uma história fictícia, baseada em fatos reais, na qual a prática de uma conduta configura um crime militar e é uma dentre muitas que ocorrem diariamente com pessoas de todas as idades e origens, sejam civis ou militares. Será que ainda poderíamos aprender algo com um instituto tão antigo e ainda presente no CPPM, que já não restringia as medidas cautelares ao binômio da prisão/soltura antes mesmos das alterações promovidas no Código de Processo Penal pela lei 12.403/2011? por outro lado, será que este instituto tão longevo estaria hoje em consonância com os princípios e características atuais das medidas cautelares insculpidos na CF/88?

Nos últimos anos, as medidas cautelares alternativas à prisão vêm ganhando destaque cada vez maior no cenário nacional e castrense, por conta de políticas de não encarceramento e em função da primazia da dignidade da pessoa humana. Por conta disso, a nova disciplina dada à matéria pela reforma do Código de Processo Penal, no tocante às medidas cautelares, levada à cabo pela Lei n. 12.403, de 04/05/2011, atualizou as regras do CPP para conformá-la à Constituição Federal, mas não alterou o CPPM. Aferir se as obrigações e restrições previstas no ordenamento jurídico constituiriam um “leque de opções” ao Magistrado da Justiça Militar que poderiam ser conjugados à Menagem são temas importantíssimos e dizem respeito aos direitos fundamentais da pessoas humana.

2 O PROCESSO CAUTELAR

2.1. PRINCÍPIOS DAS MEDIDAS CAUTELARES DE CARÁTER PESSOAL

Diversos princípios orientam a aplicação das medidas cautelares: princípio da proporcionalidade, a Cláusula de reserva jurisdicional (princípio da judicialidade) prevista no inciso LXI do Art. 5º, da Constituição Federal; o princípio da motivação da decisão (Art. 5º, inciso LXI e Art. 93, inciso IX); Princípio do contraditório; princípio da legalidade (tipicidade).

2.1.1 Princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência, também denominado, de não culpabilidade, por ser constitucionalmente previsto, é considerado pela doutrina majoritária como o principal orientador do processo cautelar, já que a prisão

passa a ser medida de exceção, e não a regra.¹¹⁸ Aury Lopes Jr. resume “a presunção de inocência como aquela que impõe um verdadeiro dever de tratamento (na medida em que exige que o réu seja tratado como inocente), que atua em duas dimensões: interna ao processo e exterior a ele.”¹¹⁹

2.2.2. Princípio da legalidade. Poder geral de cautela

Para Brasileiro o poder geral de cautela "é um poder atribuído ao Estado-Juiz, destinado a autorizar a concessão de medidas cautelares atípicas, assim compreendidas as medidas cautelares que não estão descritas em lei, toda vez que nenhuma medida cautelar típica se mostrar adequada para assegurar, no caso concreto, a efetividade do processo principal." ¹²⁰

Mendonça aduz “Outro sentido do princípio da legalidade, mais comumente tratado, seria a necessidade de que todas as medidas cautelares estejam previstas em lei, ou seja, que a sua decretação somente seja admissível nas hipóteses expressamente previstas em lei. Neste sentido, fala-se que haveria verdadeira tipicidade das medidas cautelares penais.”¹²¹

Não se pode aceitar o poder geral de cautela, pois se trata de restrição à liberdade¹²² do indivíduo, de sorte que somente nas hipóteses legalmente previstas poderiam ser admitidas as medidas cautelares. É aplicável, no caso, o princípio da legalidade, estabelecido no Art. 5º, inciso II, da CF. Contudo, por vezes, os tribunais superiores entendem que o juiz criminal é detentor do poder geral de cautela, desde que observado o critérios de razoabilidade.

2.2.3 Princípio da razoabilidade

A Constituição Federal traz de forma implícita o princípio da razoabilidade/proporcionalidade e deriva da cláusula do devido processo legal,

¹¹⁸ LIMA, Marco Antônio Ferreira e NOGUEIRA, Renieri Ferraz; *Prisões e Medidas Liberatórias*, p. 69

¹¹⁹ LOPES JR., Aury., *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, p. 191.

¹²⁰BRASILEIRO DE LIMA, Renato. *Código de Processo Penal Comentado*. Salvador. Editora JusPodivm. 2017. p. 765..

¹²¹ MENDONÇA, Andrey Borges de; *Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais*, p. 79.

¹²² LENZA, Pedro, *Direito Constitucional Esquematizado*, p. 1156: Os direitos de 1ª dimensão marcam a passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito e, nesse contexto, o respeito às liberdades individuais, em uma verdadeira perspectiva de absentéismo estatal.

conforme previsão do artigo 5º da CF/88.¹²³ Este princípio é utilizado para auxiliar a interpretação das regras para se buscar equilíbrio entre os bens jurídicos ora considerados.

São elementos deste princípio, também denominados de pressupostos específicos das medidas cautelares: **Necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito**. Deve haver um juízo escalonado e sucessivo para a apreciação das medidas cautelares¹²⁴, em razão do princípio da inocência. Trata-se de um critério trifásico. Primeiro verifica-se a adequação da medida, ou seja, a aptidão entre os meios e fins, que leva em consideração a gravidade do delito, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. Depois a sua necessidade (obrigatória adoção da alternativa que menos sacrifique os direitos fundamentais)¹²⁵ e, por último, a proporcionalidade em sentido estrito (impõe um juízo de ponderação entre o ônus imposto e o benefício trazido).¹²⁶

2.2.4. Princípio da individualização da prisão

Este princípio é aplicável ao Processo Penal Militar, pois este princípio é tácito na Constituição Federal, conforme se extrai do seu Art. 5º, (incisos, LIV, LXI, LXII e LXV). |Renato Brasileiro aduz que, por este princípio, “devendo o magistrado indicar de maneira fundamenta, com base em elementos concretos existentes nos autos, a necessidade de segregação cautelar, inclusive com apreciação do cabimento da liberdade provisória, com ou sem fiança.”¹²⁷

2.2. CARACTERÍSTICAS DAS MEDIDAS CAUTELARES

¹²³ CPP Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011). I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹²⁴ MOUGENOT BONFIM, Edilson, *Reforma do Código de Processo Penal*, p. 30.

¹²⁵ MENDONÇA, Andrey Borges de; *Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais*, p. 44.

¹²⁶ BRASILEIRO, Manual de Processo Penal, p. 839

¹²⁷ BRASILEIRO, Manual de Processo Penal, p. 839

Em regra as medidas cautelares, ao serem aplicadas no curso do inquérito ou do processo penal, caracterizam-se pela provisoriedade, revogabilidade, substitutividade, excepcionalidade e a jurisdicionalidade.

A medida cautelar detém, ainda, natureza revogável, aplicando-se a cláusula *rebus sic stantibus* (enquanto as coisas permanecerem como estão), estabelecendo-se sua revogação sempre que não mais se fizer necessária no caso concreto.¹²⁸

Outra característica marcante das medidas cautelares é a substitutividade, pela qual o juiz poderá substituir uma medida cautelar por outra, quando verificar a falta de motivo para que subsista.¹²⁹

Mougenot ressalta que “as medidas são limitações às garantias e direitos dos acusados, razão pela qual deverão, sempre, obedecer ao critério da **excepcionalidade**.”¹³⁰ O seu fundamento é o princípio matriz da não culpabilidade, previsto no Art. 5º, LVII, da CF/88.

Em face da **jurisdicionalidade**, o poder cautelar é destinado ao magistrado, daí resultando a denominada reserva de jurisdição, consubstanciado pela necessidade de controle jurisdicional sobre a medida cautelar.¹³¹

2.3 REQUISITOS GENÉRICOS PARA IMPOSIÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES

As medidas cautelares de natureza pessoal jamais poderão ser adotadas como efeito automático da prática de determinada infração penal.

Sua decretação está condicionada à presença do *fumus comissi delicti* e do *periculum libertatis*.¹³²

¹²⁸ MOUGENOT BONFIM, Edilson, *Reforma do Código de Processo Penal*, p. 21.

¹²⁹ CPP Art. 282 § 5º O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011). § 6º A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (Art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

¹³⁰ MOUGENOT BONFIM, Edilson, *Reforma do Código de Processo Penal*, p. 23

¹³¹ BRASILEIRO DE LIMA, Renato, *Manual de Processo Penal*, p. 846

¹³² BRASILEIRO, *Manual de Processo Penal*, p. 843

2.3.1. *Fumus comissi delicti*

O CPPM dispõe sobre os pressupostos para a decretação da prisão preventiva, de maneira idêntica ao CPP, conforme texto legal transcrito abaixo:

Competência e requisitos para a decretação

CPPM Art 254. A prisão preventiva pode ser decretada pelo auditor ou pelo Conselho de Justiça, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade encarregada do inquérito policial-militar, em qualquer fase deste ou do processo, concorrendo os requisitos seguintes:

- a) prova do fato delituoso;
- b) indícios suficientes de autoria.

Mougenot ensina que “a expressão *fumus comissi delicti* equivale, no âmbito penal, ao *fumus boni iuris* (fumaça do bom direito) exigido nas medidas cautelares de natureza cível.”¹³³ Devem ser constatados os indícios de autoria (aferíveis caso a caso, conforme o prudente arbítrio do magistrado) e a razoável suspeita da ocorrência do crime. Ou seja, cobra-se a existência de um **lastro probatório mínimo** sobre a existência do crime e do elemento subjetivo dele (dolo ou culpa)¹³⁴

Destarte, o *fumus comissi delicti* é um requisito genérico previsto especificamente pelo CPPM para a prisão preventiva, mas, assim como no CPP, extensível, a todas as outras medidas cautelares, a exemplo da Menagem.

2.3.2. *Periculum in libertatis*

CPPM Casos de decretação

Art. 255. A prisão preventiva, além dos requisitos do artigo anterior, deverá fundar-se em um dos seguintes casos:

- a) garantia da ordem pública;
- b) conveniência da instrução criminal;
- c) periculosidade do indiciado ou acusado;
- d) segurança da aplicação da lei penal militar;
- e) exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado.

¹³³ No ramo processual penal, o genérico *fumus boni iuris* consiste, especificamente, no juízo apriorístico de viabilidade e probabilidade da ação pena, se tratarmos de medida decretável no curso da investigação criminal, bem como da provável condenação ao final da instrução criminal se de ação penal tratamos.

¹³⁴ MOUGENOT BONFIM, Edilson, *Reforma do Código de Processo Penal*, p. 26.

Para Brasileiro, “em se tratando de medidas cautelares de natureza pessoal, no entanto, o perigo não deriva do lapso temporal entre o provimento cautelar e o definitivo, mas sim do risco emergente da situação de liberdade do agente”.¹³⁵

O denominado *periculum in mora* necessário para a decretação das medidas cautelares, no âmbito castrense, traz a ameaça à hierarquia e disciplina militares como fundamento da medida cautelar de natureza pessoal, por serem estes princípios constitucionais assegurados pelo Art. 142 da CF.¹³⁶

3. A MENAGEM

3.1. HISTÓRICO

Loureiro Neto esclarece que “a Menagem remonta da Grécia e Roma, referente a homenagem, concedida a determinada categoria de pessoas que se beneficiavam da liberdade.” e “sempre esteve o mesmo relacionado à liberdade provisória”¹³⁷. No direito luso-brasileiro, Roth constata que “a liberdade provisória ora se concedia mediante caução de bens (nossa atual fiança), ora sob compromisso de terceiros, os chamados fiéis carcereiros, ora como privilégio, como “homenagem” (em que o cidadão lograva livrar-se solto sob palavra), e finalmente, por meio das chamadas carta de seguro.”¹³⁸ A Menagem encontrou acolhida no Regulamento Processual Militar, expedido em 16/07/1895, pelo então Supremo Tribunal Militar.¹³⁹

Assim, verifica-se que a origem da Menagem está relacionada com a liberdade provisória, encontrando consonância com o princípio da inocência. Historicamente, portanto, a Menagem surgiu como um instituto híbrido, que alcança um duplo objetivo: tutela o serviço militar e evita o encarceramento.

¹³⁵ BRASILEIRO, Manual de Processo Penal, p. 844

¹³⁶CF 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.

¹³⁷ LOUREIRO NETO, *Processo Penal Militar*, p. 97

¹³⁸ ROTH, Ronaldo João, *Menagem: forma de prisão ou de liberdade provisória?*, p 142

¹³⁹ Art. 130. A Menagem pode ser concedida ao oficial: a) na própria casa de residência; b) no quartel do corpo a que pertencer, ou lhe for designado; c) na praça, acampamento, cidade ou lugar em que se achar e lhe for designado, conforme o prudente arbítrio dos Ministros da Guerra e Marinha, os quais tomarão em consideração a gravidade do crime, a graduação do acusado e os seus precedentes militares.

3.2. PREVISÃO LEGAL E CONCEITO DOUTRINÁRIO

A Menagem é um instituto previsto exclusivamente no CPPM, no capítulo V do título XIII, entre os seus artigos 263 e 269 e diversos outros dispositivos: Arts. 18, 464 e 491.

A Menagem, instituto tipicamente militar, e é, na definição de Homero Prates:

O benefício outorgado pela lei a certos acusados – os que respondem por crimes cujo máximo da pena for inferior a quatro anos – para ficarem presos sob palavra, fora do cárcere, uma vez preenchidos os requisitos legais.¹⁴⁰

3.3 AUTORIDADE COMPETENTE PARA APLICAR A MENAGEM

Detenção de indiciado
CPPM Art. 18. (...)
Prisão preventiva e Menagem. Solicitação
Parágrafo único. Se entender necessário, o encarregado do inquérito solicitará, dentro do mesmo prazo ou sua prorrogação, justificando-a, **a decretação da prisão preventiva ou de Menagem**, do indiciado.

Para Brasileiro, o Art. 18 do CPPM foi recepcionado em relação ao crime propriamente militar¹⁴¹, hipótese em que seria possível a expedição de mandado de prisão pelo próprio encarregado do inquérito policial militar (CPPM, Art. 225).

¹⁴²

A possibilidade de decretação de Menagem pelo Encarregado do Inquérito Policial Militar prevista pelo Art. 18 do CPPM **não se amolda à característica da Jurisdicionalidade da medida cautelar**, pois afronta a reserva de jurisdição, consubstanciada pela necessidade de controle jurisdicional sobre a medida cautelar, sobretudo no que concerne à Menagem com natureza de prisão provisória, ainda que se trate de crime propriamente militar.

3.4. CABIMENTO

O Art. 263 do CPPM que traz as hipóteses de cabimento:

¹⁴⁰ FREITAS BASTOS, Código da Justiça Militar comentado. Rio de Janeiro. P. 153.

¹⁴¹ Crime Propriamente Militar é aquele que somente o militar pode praticar e somente estão presentes no CPM (Ex: Art. 187 Deserção)

¹⁴² BRASILEIRO, *Manual de Processo Penal Militar*, p. 835

Competência e requisitos para a concessão

Art. 263. A Menagem poderá ser concedida pelo juiz, nos crimes cujo máximo da pena privativa da liberdade ¹⁴³ não exceda a quatro anos, tendo-se, porém, em atenção a natureza do crime e os antecedentes do acusado.

(...)

Reincidência

Art. 269. Ao reincidente não se concederá Menagem.

A partir deste dispositivo Loureiro Neto entende que a concessão Menagem constitui uma **faculdade** do Magistrado, desde que preenchidos determinados pressupostos legais, como: ¹⁴⁴

- a) que a pena privativa de liberdade cominada ao crime não exceda quatro anos;
- b) tendo em atenção a natureza do crime;
- c) bons antecedentes do acusado (Art. 263)”

Ocorre que, em razão dos atuais diretrizes e princípios que orientam as medidas cautelares, depreende-se que, não sendo o caso de liberdade provisória e uma vez presentes os pressupostos legais, a Menagem deverá ser **obrigatoriamente**, recorrendo-se à prisão apenas em último caso.

No nosso entender, o Art. 263 do CPPM não condiciona a concessão da Menagem à natureza do crime e aos bons antecedentes do agente, exceto pela reincidência, mas sim dispõe que estas circunstâncias deverão ser levadas em conta para aferir a espécie a ser aplicada e o tipo adequado de obrigação decorrente dela. ¹⁴⁵

Atualmente é pacífico o entendimento de que a Menagem pode ser aplicada em qualquer fase da persecução penal, consoante Art. 18 e 267 do CPPM, conferindo-se uma interpretação extensiva a este último dispositivo, pois entende-se atualmente que o benefício não se limita até a sentença condenatória.

¹⁴³ Para o CPM, conforme leciona Assis, há quatro tipos de pena privativa da liberdade: reclusão, detenção, prisão e impedimento: CPM Penas principais Art. 55. As penas principais são: a) morte; b) **reclusão**; c) **detenção**; d) **prisão**; e) **impedimento**; f) suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função; g) reforma.

¹⁴⁴ LOUREIRO NETO, *Processo Penal Militar*, p. 97

¹⁴⁵ . Diferentemente AMIN, Cláudio e COLDIBELLI, Nelson; *Elementos do Direito Processual Penal Militar*, p. 134:devem ser considerado para efeito da concessão da Menagem a natureza do crime e os antecedentes do acusado, ou seja, com relação ao primeiro requisito poderá ser denegada a medida se os interesses da justiça, da disciplina ou de ordem pública o exigirem. No tocante ao segundo, não será concedida se o acusado detiver maus antecedentes, pois a Menagem, na realidade, é uma homenagem que não se pode fazer se a conduta anterior do réu não o favorece.

Prisão preventiva e Menagem. Solicitação

Art. 18 Parágrafo único. Se entender necessário, o encarregado do inquérito solicitará, dentro do mesmo prazo ou sua prorrogação, justificando-a, a decretação da prisão preventiva ou de Menagem, do indiciado.

(...)

Cessaçãõ da Menagem

Art. 267. A Menagem cessa com a sentença condenatória, ainda que não tenha passado em julgado.

3.5. ESPÉCIES

O CPPM dispõe destas espécies de Menagem nos seus Arts. 264 e 266:

Lugar da Menagem

Art. 264. A Menagem a militar poderá efetuar-se no lugar em que residia quando ocorreu o crime ou seja sede do juízo que o estiver apurando, ou, atendido o seu posto ou graduação, em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar. A Menagem a civil será no lugar da sede do juízo, ou em lugar sujeito à administração militar, se assim o entender necessário a autoridade que a conceder.

(...)

Menagem do insubmisso

Art. 266. O insubmisso terá o quartel por Menagem, independentemente de decisão judicial, podendo, entretanto, ser cassada pela autoridade militar, por conveniência de disciplina.

Depreende-se destes dispositivos que a Menagem consoante o lugar em que ela deva ser cumprida, pode ser classificada em Menagem *intra* muros ou *extra* muros, ambas disciplinas pelo Art. 264 do CPPM; aquela poderá ser concedida a militar atendido o seu posto ou graduação, em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar; e esta poderá ser concedida a militar ou a civil. Para o militar poderá efetuar-se no lugar em que residia quando ocorreu o crime ou seja sede do juízo que o estiver apurando e para o civil no lugar da sede do juízo, ou em lugar sujeito à administração militar, se assim o entender necessário a autoridade que a conceder.

Também pode classificar-se a Menagem em legal ou judicial, conforme a origem da imposição, se oriunda diretamente da lei independente de ordem judicial ou aquela dependente de ordem do Juiz.

3.5.1. A Menagem *intramuros* e *extramuros*

A Menagem consoante o lugar em que ela deva ser cumprida pode ser classificada em *intra* muros e *extra* muros.

A Menagem *intra* muros poderá ser concedida a militar atendido o seu posto ou graduação, em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar; Neste caso é permitido ao militar que transite “livremente” pela unidade militar, sem ficar encarcerado e sem prejuízo das instruções militares.

Já a Menagem *extra* muros é aquela concedida para ser cumprida em local fora da unidade militar. Poderá ser concedida a militar ou a civil. Para o militar poderá efetuar-se no lugar em que residia quando ocorreu o crime ou seja sede do juízo que o estiver apurando e para o civil no lugar da sede do juízo, ou em lugar sujeito à administração militar, se assim o entender necessário a autoridade que a conceder.

As subespécies de Menagem *extra* muros poderão ser extraídas dos artigos 264¹⁴⁶ e 268¹⁴⁷ do CPPM que prevê expressamente sobre a Menagem poder ser concedida na Organização Militar, em residência ou cidade, no lugar em que residia quando ocorreu o crime ou seja sede do juízo que o estiver apurando.

Portanto, a possibilidade de conceder ao militar a Menagem *extra* muros ou *intra* muros de acordo com o caso concreto, atende a um dos requisitos do princípio da razoabilidade, que é a **necessidade** (ou exigibilidade), uma vez que o poder público poderá, entre os atos e meios adequados, adotar aquele que menos sacrifícios ou limitações causem aos direitos fundamentais, de acordo com o caso concreto, sem que com isso atente contra o princípio da inocência, evitando assim o excesso por parte do Estado-Juiz, sem que afronte os princípios constitucionais da hierarquia e disciplina militares.

Assim, por exemplo, caso um Magistrado esteja diante de um militar acusado do crime de deserção que é primário e outro militar acusado do mesmo crime, mas que já tem outras condenações pelo crime de deserção, o juiz poderá conceder, de acordo com a necessidade do caso concreto, ao primeiro, como

¹⁴⁶ CPPPM, Lugar da Menagem

Art. 264. A Menagem a militar poderá efetuar-se no lugar em que residia quando ocorreu o crime ou seja sede do juízo que o estiver apurando, ou, atendido o seu posto ou graduação, em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar. A Menagem a civil será no lugar da sede do juízo, ou em lugar sujeito à administração militar, se assim o entender necessário a autoridade que a conceder.

¹⁴⁷ CPPM, Art. 268. A Menagem concedida em residência ou cidade não será levada em conta no cumprimento da pena.

meio mais adequado, a Menagem *extra* muros (em cidade ou residência) e ao segundo, a Menagem *intra* muros (dentro da Organização Militar).

3.5.2. Menagem legal ou judicial

A Menagem pode ser classificada em legal ou judicial, conforme se origine ou não de uma decisão judicial.

A Menagem legal está prevista somente no Art. 266 do CPPM

Menagem do insubmisso

Art. 266. O insubmisso terá o quartel por Menagem, independentemente de decisão judicial, podendo, entretanto, ser cassada pela autoridade militar, por conveniência de disciplina.

A Menagem legal é “aquela decorrente de imposição legal, independente de decisão judicial, ou de ato de autoridade militar concedente o benefício”¹⁴⁸, destinada ao insubmisso.^{149 150} A Menagem judicial diz respeito àquelas em que a sua concessão depende de decisão do Juiz ou do Conselho de Justiça.

Célio Lobão assevera que

a Menagem é concedida, de ofício, ou mediante requerimento do MP, ou do acusado ou indiciado, nos crimes, cuja pena cominada não for superior a 4 anos, atendendo-se à natureza do crime, aos antecedentes do acusado e desde que não se façam presentes um dos requisitos do Art. 255, do CPPM.¹⁵¹

¹⁴⁸ LOBÃO, Célio; Direito Processual Penal Militar, Ed. Método, p. 338

¹⁴⁹ CPM, Insubmissão

Art. 183. Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que lhe foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação:

Pena - impedimento, de três meses a um ano.

Caso assimilado

§ 1º Na mesma pena incorre quem, dispensado temporariamente da incorporação, deixa de se apresentar, decorrido o prazo de licenciamento.

Diminuição da pena

§ 2º A pena é diminuída de um terço:

a) pela ignorância ou a errada compreensão dos atos da convocação militar, quando es cusáveis;
b) pela apresentação voluntária dentro do prazo de um ano, contado do último dia marcado para a apresentação.

¹⁵⁰ Para Célio Lobão, como “a insubmissão é crime permanente, a apresentação ou captura do insubmisso importaria no recolhimento à prisão. Entretanto, considerando a situação do civil que acaba de ingressar na vida militar, a lei, sabidamente concedeu-lhe o benefício da Menagem, que consiste na liberdade provisória com restrição, substituindo a prisão (Art. do 464 do CPPM).”

LOBÃO, Célio; Direito Processual Penal Militar, Ed. Método, p. 338

¹⁵¹ LOBÃO, Célio; Direito Processual Penal Militar, Ed. Método, p. 338

A Menagem substitui a fiança do processo penal comum, com a vantagem de que, no CPPM, o beneficiário não deposita qualquer bem como garantia.¹⁵² Esta característica seria um avanço que poderia contribuir de alguma forma para o aperfeiçoamento da legislação comum, já que encontra respaldo na dignidade da pessoa humana.

3.6. NATUREZA

São três as correntes que se contrapõem sobre o tema: a de prisão provisória fora do cárcere, liberdade provisória com restrição e a mista.

A corrente intermediária parece prevalecer. Pugna pelo caráter de dupla natureza jurídica do instituto, ao entender que a Menagem extra muros tem natureza de liberdade provisória e a intra muros natureza de prisão provisória: ela tem respaldo na jurisprudência do STM e é defendida por doutrinadores como Ronaldo João Roth, que as denomina respectivamente de Menagem-prisão e Menagem-liberdade que tomam por base o Art. 268 do CPPM.¹⁵³

A uma, é prisão provisória, sem os rigores do cárcere, que se assemelha a prisão especial e que prefiro denominar **Menagem-prisão**; a dois, é modalidade de liberdade provisória que guarda estreita relação com a fiança do direito comum e que por isso prefiro denominar **Menagem-liberdade** (...). O que irá determinar a natureza da Menagem é a forma de sua concessão pelo Juiz.¹⁵⁴

EMENTA: HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. CONVERSÃO DA PRISÃO EM MENAGEM. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR. CONCESSÃO DA ORDEM. UNANIMIDADE.

O caráter extraordinário de que se reveste a custódia preventiva exige, para a sua efetivação, a necessária fundamentação, a qual deve apoiar-se em elementos concretos e ajustados aos pressupostos abstratos definidos pelos arts. 254 e 255 do CPPM, sob pena de violação do Princípio da Presunção de Inocência, haja vista que a segregação cautelar presume pena não personificada. Em que pese a Menagem configurar providência menos gravosa do que o encarceramento, ainda assim **constitui medida constritiva à liberdade de locomoção**. Concessão da ordem. Unanimidade. (Superior Tribunal Militar. Habeas Corpus nº 7000058-27.2019.7.00.0000. Relator(a): Ministro(a) CARLOS VUYK DE AQUINO. Data de Julgamento: 14/03/2019, Data de Publicação: 22/03/2019)

¹⁵² LOBÃO, Célio; Direito Processual Penal Militar, Ed. Método, p. 340

¹⁵³ ROTH, Ronaldo João, *Menagem: forma de prisão ou de liberdade provisória?*, p. 25-26.

¹⁵⁴ CPPM Art. 268. A Menagem concedida em residência ou cidade não será levada em conta no cumprimento da pena.

3.7. EXTINÇÃO DA MENAGEM: CASSAÇÃO E CESSAÇÃO

O disciplinamento no CPPM sobre a cassação da Menagem encontra-se no seu art. 256:

Cassação da Menagem

Art. 265. Será **cassada a Menagem** àquele que se retirar do lugar para o qual foi ela concedida, ou faltar, sem causa justificada, a qualquer ato judicial para que tenha sido intimado ou a que deva comparecer independentemente de intimação especial.

Menagem do insubmisso

Art. 266. O insubmisso terá o quartel por Menagem, independentemente de decisão judicial, podendo, entretanto, ser **cassada pela autoridade militar**, por conveniência de disciplina. (grifos nossos)

193

Explica o Prof. Loureiro Neto que, como a Menagem é um benefício concedido ao preso, esse benefício será cassado àquele que faltar com determinados deveres, como se retirar do local para o qual foi ela concedida, ou faltar, “sem causa justificada, a qualquer ato judicial para que tenha sido intimado ou a que deva comparecer independentemente de intimação especial (Art. 265).

155

Em relação à cessação da Menagem, merece destaque alguns dispositivos previstos no próprio CPPM:

Cessação da Menagem

Art. 267. A Menagem cessa com a sentença condenatória, ainda que não tenha passado em julgado.

Parágrafo único. Salvo o caso do artigo anterior, o juiz poderá ordenar a cessação da Menagem, em qualquer tempo, com a liberação das obrigações dela decorrentes, desde que não a julgue mais necessária ao interesse da Justiça.

Dos Artigos 265, 266 e 267 do CPPM, depreende-se que a Menagem se caracterizam pela **revogabilidade** e **substitutividade** e **provisoriedade**.

Depreende-se que Menagem goza das principais características das medidas cautelares: é **provisória**, uma vez que está vinculada tão somente ao período e à necessidade de sua imposição, (Art. 267 do CPPM); **revogável**, pois é possível a sua revogação sempre que não mais se fizer necessária no caso concreto (parágrafo único do Art. 267 do CPPM); **substituível**, pois as disposições do CPPM não impedem que o juiz possa substituir a própria medida por outra, quando verificar a falta de motivo para que subsista) (parágrafo único

do Art. 267 do CPPM); **Excepcional**, pois deverá ser aplicada se não couber a liberdade provisória, assim como se for necessária e adequada.

Ainda por este artigo, depreende-se que a Menagem detém, ainda, natureza revogável, aplicando-se a cláusula *rebus sic stantibus* (enquanto as coisas permanecerem como estão), estabelecendo-se sua revogação sempre que não mais se fizer necessária no caso concreto.

A cassação da Menagem é um ato proveniente da autoridade competente, com natureza de sanção, que segundo a lei poderia ser o juiz ou o comandante da unidade militar. Já a cessação pode decorrer, em tese, diretamente da lei, com a sentença condenatória ou por ato do juiz, quando não julgue mais necessária ao interesse da Justiça as obrigações decorrentes da Menagem.

Por outro lado, apesar do dispositivo da lei, a sentença condenatória não poderá jamais implicar na cessação da Menagem. Como visto o CPPM foi elaborado antes da Constituição de 1988, e claramente trouxe em seu bojo dispositivos inspirados no princípio da antecipação da tutela, que são evidentemente inconstitucionais, por afronta ao princípio da inocência. Ademais, por exemplo, não faria sentido conceder a Menagem a um insubmisso, e por ocasião da sentença retirar o benefício, pois a pena de impedimento decorrente deste crime tem as mesmas características da Menagem.

3.8. OBRIGAÇÕES DECORRENTES DA MENAGEM

O estabelecimento de obrigações por ocasião da concessão da Menagem é uma medida inerente ao instituto, conforme se depreende do parágrafo único do Art. 267 do CPPM, a seguir transcrito:

Cessação da Menagem

Art. 267. (...) Parágrafo único. Salvo o caso do artigo anterior, o juiz poderá ordenar a cessação da Menagem, em qualquer tempo, com a liberação das **obrigações dela decorrentes**, desde que não a julgue mais necessária ao interesse da Justiça. (grifos nossos)

As obrigações podem consistir em diversos tipos, porém é mais usual impor-se o comparecimento a todos os atos do processo.

O STM não tem admitido a aplicação das medidas alternativas do CPP, prestigiando as normas do CPPM, por não haver lacuna na lei.

Classe: Habeas Corpus Assuntos: Deserção, Deserção, Crimes contra o serviço militar e o dever militar, Direito penal militar, Prisão preventiva, Direito processual penal Relator: LÚCIO MÁRIO DE BARROS GÔES Data de Julgamento: 03/03/2020 Data de Publicação: 13/03/2020

EMENTA: HABEAS CORPUS. DESERÇÃO (CPM, ART. 187). RESTRIÇÃO DA LIBERDADE IMPOSTA A DESERTOR COM BASE NOS ARTS. 452 C/C O ART. 255, ALÍNEA "E", AMBOS DO CPPM. MENAGEM. LEGALIDADE. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO, PREVISTAS NO ART. 319 DO CPP. IMPROCEDÊNCIA. CONCESSÃO DA ORDEM. UNANIMIDADE. Militar que, após ausência injustificada do quartel, apresenta-se voluntariamente para responder ao processo de deserção. Reveste-se de legalidade a Decisão que indefere o pedido de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão previstas no Art. 319, do CPP, considerando não ser caso de omissão tratado no Art. 3º, alínea "a", do CPPM, para fins de aplicação subsidiária da legislação processual penal comum. Concessão da ordem para a soltura do Paciente em razão da proximidade do término do prazo de 60 (sessenta) dias fixado no Art. 453 do CPPM. Ordem concedida. Decisão unânime.

Apesar do entendimento coerente do Tribunal, verifica-se, por outro lado que, ao se conceder a Menagem, é permitido ao Juiz pela própria lei castrense impor-se obrigações ao beneficiado. Estas obrigações precisaram estar previstas em algum dispositivo legal, para não configurar uma obrigação sem algum respaldo popular, ou seja, um poder geral de cautela. Então bastaria que o próprio CPPM ou outra lei do ordenamento jurídico a avalizasse, ficando a controle do Juiz a melhor alternativa ao caso concreto. O CPPM traz hipóteses em seus artigos 263 que trata da liberdade provisória (comparecer a todos os atos do processo), no Art. 626, relativo às obrigações para a concessão do livramento condicional. Já o CPP trouxe expressa as medidas cautelares diversas da prisão em seu Art. 319 do CPP.¹⁵⁶

¹⁵⁶ CPP, Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:

I - comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; II - proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; III - proibição de manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; IV - proibição de ausentar-se da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; V - recolhimento domiciliar no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos;

VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; VII - internação provisória do acusado nas hipóteses de crimes praticados com violência ou grave ameaça, quando os peritos concluírem ser inimputável ou semi-imputável (Art. 26 do Código Penal) e houver risco de reiteração; VIII - fiança, nas infrações que a admitem, para assegurar o comparecimento a atos do processo, evitar a obstrução do seu andamento ou em caso de resistência injustificada à ordem judicial; IX - monitoração eletrônica.

Não se trataria, portanto, de poder geral de cautela, pois a imposição de obrigação estaria lastreada em alternativas criadas por lei processual penal e nem seria o caso de analogia, pois a própria legislação castrense permite a imposição, desde que haja previsão em lei desta medida e esteja em consonância com os direitos fundamentais e princípios orientadores das Medidas Cautelares, e não desnature a índole do processo penal. Não seria razoável exigir que o leque de opções do rol de obrigações a serem instituídas em sede de Menagem se restringisse àquelas previstas na legislação penal castrense.

O instituto da Menagem, como visto, foi um avanço à época de sua instituição, por não se limitar ao binômio prisão soltura, com previsão de instituição de obrigações pertinentes e compatíveis ao crime. Restringir a sua aplicação a uma única obrigação de comparecimento a todos os atos do processo seria sim um retrocesso.

Não há omissão da lei castrense quanto à imposição de obrigações, mas há sim previsão expressa neste sentido. Não se trata de um poder geral de cautela, pois seria afrontoso ao princípio da legalidade, mas sua instituição está condicionada a um respaldo popular, representado pela lei.

As obrigações instituídas em sede de Menagem são aplicadas em geral com parcimônia, quando existe uma previsão legal da obrigação, ainda que não diretamente prevista para a Menagem. O próprio comparecimento a todos os atos do processo, que é aplicado constantemente ao se conceder a Menagem, é previsto na Art. 253 do CPPM, que trata de outro instituto, o da liberdade provisória.

Concessão de liberdade provisória

CPPM Art. 253. Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato nas condições dos arts. 35, 38, observado o disposto no Art. 40, e dos arts. 39 e 42, do Código Penal Militar, poderá conceder ao indiciado liberdade provisória, mediante **termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogar a concessão.**

Normas obrigatórias para obtenção do livramento

Art. 626. Serão normas obrigatórias impostas ao sentenciado que obtiver o livramento condicional:

- a) tomar ocupação, dentro de prazo razoável, se for apto para o trabalho;
- b) não se ausentar do território da jurisdição do juiz, sem prévia autorização;
- c) não portar armas ofensivas ou instrumentos capazes de ofender;
- d) não frequentar casas de bebidas alcoólicas ou de tavolagem;
- e) não mudar de habitação, sem aviso prévio à autoridade competente.

Assim por exemplo não seria viável o Juiz criar uma obrigação sem nenhuma previsão, como por exemplo a de *andar sempre acompanhado de outro militar dentro da OM para dificultar eventual tentativa de fuga*, pois a criação de medidas cautelares atípicas contraria o princípio da legalidade, limitador do poder punitivo estatal, por se tratar de restrição a direito fundamental e. Contudo, não seria afrontoso se esta monitoração fosse eletrônica¹⁵⁷, pois esta sim é previsão típica, pois o CPPM se contenta com a previsão em lei, ainda que esta não seja exclusiva da seara penal.¹⁵⁸

Destarte, as obrigações previstas no CPPM referentes à concessão da liberdade provisória e o livramento condicional assim como um grande número de medidas alternativas diversas da prisão previstas pelo Art. 319 do CPP comum seriam totalmente compatíveis de serem instituídas como obrigações em sede de Menagem, pois são restrições a direitos fundamentais já respaldadas pela aprovação popular através de lei, não se enquadrando como situação atípica.

Seriam exemplos destas obrigações a de comparecer periodicamente em juízo, no prazo e nas condições fixadas pelo juiz, para informar e justificar atividades; a de não acessar ou frequentar determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; a de não manter contato com pessoa determinada quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado ou acusado dela permanecer distante; a de não se ausentar da Comarca quando a permanência seja conveniente ou necessária para a investigação ou instrução; a de recolher-se ao seu domicílio no período noturno e nos dias de folga quando o investigado ou acusado tenha residência e trabalho fixos e a de manter-se monitorado eletronicamente.

Por outro lado, a partir do estudo da doutrina estrangeira, verifica-se que haveria outras obrigações não viáveis no Brasil: algumas pertinentes, mas sem previsão em nenhuma lei e outras, incompatíveis, por afrontarem a princípios

¹⁵⁷Mendonça esclarece que ‘a medida de monitoração eletrônica consiste na utilização de dispositivo não ostensivo, afixado ao corpo da pessoa, que indique, à distância, permanentemente a localização geográfica do agente, permitindo o controle judicial de seus atos fora da prisão.’

¹⁵⁸Contratariamente, Márcio Luís Chila Freyesleben entende que nada impedirá que a Justiça castrense possa monitorizar os passos do homenageado, como maneira de fiscalização das restrições e limitações impostas. A monitoria não terá por função coagir o homenageado a não descumprir o avençado; sua missão será apenas de informar a Justiça Castrense de tudo que vier a se suceder durante o cumprimento da Menagem, para, se for o caso, cassá-la.

que orientam o ordenamento. A sua aplicação entraria no âmbito do poder geral de cautela, que na seara do processo penal, não é muito bem quisto, por envolver em regra restrição a direito fundamental. Seriam, portanto, incompatíveis com a Menagem obrigações como a de permanência na habitação, a suspensão do exercício de funções, de profissão e de direitos, a Proibição de ausência e de contatos (Artigos 199, 200 201 do Código de Processo Penal Português).

Já o confinamento (obrigação de o indiciado ou réu se manter em determinado lugar), previstos nas legislações japonesa e chinesa, apesar de alguma similaridade à Menagem, por restringir o âmbito de locomoção da pessoa custodiada, difere desta pois aquele tende a isolar a pessoa de tal modo dificultar a sua comunicação, a sua defesa e o exercício de outros direitos fundamentais. Algumas obrigações, ainda que previstas em legislação esparsa e institutos históricos, não se harmonizam com princípios específicos da lei processual castrense. Assim o compromisso de terceiros e as carta de seguro, a imposição da caução, de pagar fiança (Art. 319 do CPP) seriam incompatíveis com a Menagem, pois desvirtuaria a índole do processo penal militar, que não prevê sanções ou ônus de natureza pecuniária (Art. 2º, § 2º, letra b).

4. CONCLUSÕES

Diante das premissas apresentadas, pode-se conceituar a Menagem prevista no CPPM como espécie de Medida Cautelar processual penal castrense diversa da prisão, baseada na confiança, cabível para os crimes cujo máximo da pena privativa de liberdade não seja superior a quatro anos, passível de serem impostas modalidades e obrigações previstas em lei, desde que adequadas, necessárias e proporcionais à gravidade do crime e aos antecedentes do agente, acusado ou indiciado, civil ou militar.

Dentre os princípios que regem as medidas cautelares, temos que alguns destes merecem especial atenção por ocasião da aplicação da Menagem. O princípio da inocência que impõe não só o **escalonamento sucessivo das medidas cautelares**: 1- liberdade provisória; 2- Menagem; 3- prisão; **mas também o das obrigações decorrentes da própria Menagem**. Já o princípio da legalidade, que afasta a possibilidade de medidas atípicas não previstas em lei, repudia a ideia de poder geral de cautela, pois toda restrição à liberdade do indivíduo deve estar prevista em lei (Art. 5º, inciso II, da CF). Já o

princípio da razoabilidade, que está previsto implicitamente na Constituição Federal, só poderá ser respeitado se estiverem presentes no caso os seus elementos: a **adequação**, **necessidade** e **proporcionalidade**, que devem ser observadas na aplicação da Menagem também de forma escalonada e sucessiva.

Ao se permitir que o juiz adequa a medida cautelar de acordo com a gravidade, as circunstâncias do fato e condições pessoais do militar (p. ex.: histórico de faltas ao serviço, posto/graduação), o CPPM atende ao **princípio da individualização da prisão**.

Verificou-se assim que, apesar de a Menagem apresentar considerável consonância com os Princípios que orientam as medidas cautelares atuais, há exceções já mitigadas pela jurisprudência, por afrontar o preceito da não culpabilidade, tais como a previsão de que a sua aplicação cessaria com a sentença condenatória, ainda que não transitada em julgado (Art. 267 do CPPM),

Demonstrou-se que o Art. 263 do CPPM não condicionou a concessão da Menagem à natureza do crime e aos bons antecedentes do agente, exceto pela reincidência, mas sim dispôs que estas circunstâncias deverão ser levadas em conta para aferir a espécie a ser aplicada e a obrigação adequada decorrente dela.

Assim, o instituto da Menagem previsto no CPPM não é nem prisão e nem liberdade provisória, mas sim **uma alternativa à esta bipolaridade**. Somente para fins de detração é que se pode considerar haver uma dupla natureza jurídica, na qual se atribui à Menagem *intra* muros natureza de prisão provisória e a extramuros não, consoante extrai-se do Art. 268 do CPPM. Por conta disso, é muito ficou conhecida de forma simplória como uma espécie de prisão fora do cárcere, o que dificultou o real alcance da medida.

A Menagem intramuros difere da prisão, então, não só por evitar o encarceramento, mas também por se permitir o livre trânsito dentro da Organização Militar, a realização das atividades militares, e por não ser necessária a vigilância ostensiva ao beneficiado, em consonância com a sua índole de homenagem à pessoa humana. A fim de evitar sacrifícios desnecessários a outros direitos fundamentais, entendemos que eventuais saídas periódicas da OM para visitar familiares, cumprir missão, etc são compatíveis à medida, até porque haveria excesso, caso a restrição à liberdade dela advinda fosse maior do que aquelas decorrentes de um regime aberto da pena, por exemplo.

Já Menagem em residência, que pode ser concedida a civil, não pode ser mais gravosa do que a prisão domiciliar. A Menagem em residência concedida com alguma obrigação traria um ônus maior do que a prisão domiciliar, e ensejaria, em consequência, a detração penal, afrontando o Art. 268 do CPPM. Para evitar estes excessos, a homenagem concedida, então, deve estar acompanhada de benefícios outros, de acordo com o perigo que se busca acautelar, para compensar o ônus imposto (proporcionalidade em sentido estrito), como autorizar o beneficiário a ausentar-se da residência por necessidade, a exemplo de ir à farmácia comprar um remédio, ir ao supermercado comprar comida e ir ao trabalho, restringindo-se a liberdade ao mínimo necessário.

Por outro lado, observou-se que Menagem goza das principais características das medidas cautelares: é **provisória**, uma vez que está vinculada tão somente ao período e à necessidade de sua imposição (Art. 267 do CPPM); **revogável**, pois é possível a sua revogação sempre que não mais se fizer necessária no caso concreto (Art. 265 e 267 do CPPM); **substituível**, pois as disposições do CPPM não impedem que o juiz possa substituir a própria medida por outra, quando verificar a falta de motivo para que subsista (parágrafo único do Art. 267 do CPPM); **excepcional**, pois deverá ser aplicada se não couber a liberdade provisória e caso seja necessária e adequada.

Contudo, notou-se que, em duas situações, as regras da Menagem **não se caracterizam pela jurisdicionalidade**, pois não foi previsto um controle jurisdicional prévio sobre esta medida. São elas: a possibilidade de decretação de Menagem pelo Encarregado do IPM (Art. 18 do CPPM) e a Menagem legal prevista para o insumisso (Art. 266 do CPPM).

Imprescindíveis para a imposição de todas as medidas cautelares, não resta dúvida de que a Menagem somente incidirá se presentes o *fumus comissi delicti*, ou seja, quando houver prova da existência do crime e indícios suficientes da autoria (Art. 254 do CPPM) e o *Periculum in libertatis* (Art. 255 do CPPM), apesar de o legislador não condicionar expressamente a sua concessão a estes requisitos.

Evidenciou-se que, apesar de não haver omissão do CPPM quanto à previsão de medidas cautelares, a lei castrense autorizou expressamente a imposição de obrigações em decorrência da concessão da Menagem (parágrafo único do Art. 267 do CPPM). Não se trata de um poder geral de cautela, pois esta regra deve ser interpretada em conformidade com o princípio constitucional

da legalidade, que limita o poder punitivo do Estado, mediante a exigência de um respaldo popular (lei) para se restringir a liberdade de ir e vir.

Assim, demonstrou-se que o **estabelecimento de obrigações decorrentes da Menagem** pelo Magistrado é inerente ao instituto e estão condicionadas a três requisitos:

- previsão em lei processual penal para institutos similares;
- razoabilidade;
- observância da índole do processo penal castrense.

Nesta esteira, elencou-se uma série de obrigações compatíveis como a Menagem que podem vir a serem impostas pelo Juiz, por estarem previstas em lei para institutos jurídicos semelhantes, tais como aquelas previstas no CPPM referentes à concessão da liberdade provisória e do livramento condicional, assim como algumas medidas alternativas diversas da prisão previstas pelo Art. 319 do CPP, pois todas são restrições a direitos fundamentais típicas e já respaldadas pela aprovação popular através de lei.

Destarte, as regras da Menagem poderiam sim contribuir para o aperfeiçoamento da legislação comum, pelo fato de que elas conferem ao Juiz uma certa discricionariedade para aferir a medida de cautela mais adequada e necessária ao caso, sem configurar um poder geral de cautela, por este estar restrito a um rol de alternativas já tipificadas em lei processual penal, assim como em razão das obrigações decorrentes desta medida substituir a fiança do processo penal comum, evitando-se valorar monetariamente a liberdade, harmonizando-se com a dignidade da pessoa humana.

Constata-se assim que, embora o CPPM - Decreto-lei de 1969 - tenha entrado em vigor em uma época de exceção e a Menagem ter sido por ele instituída com certa mens legis de homenagear os militares quando autores de atos delituosos, o legislador estendeu-as aos civis e também acabou por afastar a bipolaridade da prisão/soltura evitando o encarceramento antes mesmos das alterações promovidas no CPP em 2011 pela lei 12.403, em que se acrescentou uma série de medidas cautelares diversas da prisão, tendo a lei castrense assumido em geral uma perspectiva muito avançada para época e bastante compatível com os valores atuais.

REFERÊNCIAS

AMIN Cláudio e COLDIBELLI, Nelson. *Elementos do Direito Processual Penal Militar*. Lumen e Juris, 2000.

ASSIS, Jorge César. *Comentários ao Código Penal Militar*. 5ª edição. Editora Juruá, 2007.

BRASILEIRO DE LIMA, Renato, *Manual de Processo Penal*. Podivm, 2019.

FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila, *A Prisão Provisória no CPPM*, E. Del Rey, Belo Horizonte, 1997.

LENZA, Pedro; *Direito Constitucional Esquematizado*, 16ª edição; Ed. Saraiva, 2019.

LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, 1ª edição, volume I, Rio de Janeiro, Ed. Lumen Juris, 2007.

LOBÃO, Célio; *Direito Processual Penal Militar*, Ed. Método, São Paulo, 2009.
Direito Penal Militar, Ed. Brasília Jurídica, 3ª edição, 2006.

LOUREIRO NETO, José da Silva, *Direito Penal Militar*, 4ª edição, Editora Atlas, 2001.

Processo Penal Militar, 5ª edição, Editora Atlas, 2000.

MENDONÇA, Andrey Borges de; *Prisão e outras Medidas Cautelares Pessoais*; Ed. Método, 2011.

MOUGENOT BONFIM, Edilson, *Reforma do Código de Processo Penal – Comentários à Lei n. 12.403, de 04 de maio de 2011*, São Paulo, Ed. Saraiva, 2011.

Textos:

ROTH, Ronaldo João, *in* Revista Direito Militar – História e doutrina - Artigos inéditos: Organizador: Getúlio Corrêa; AMAJME – Associação dos Magistrados da Justiça Militar Estadual, 2002:

Menagem: forma de prisão ou de liberdade provisória?

A prescrição no delito de deserção.

Sites:

<https://www.stm.jus.br/servicos-stm/juridico/processo-judicial-e-proc-jmu>

<http://www.conteudojuridico.com.br/consulta/Artigos/50370/as-medidas-cautelares-e-o-poder-geral-de-cautela-e-sua-aplicacao-no-ambito-dos-crimes-tributarios-da-lei-8-137-90>

<https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-144/medidas-cautelares/>

A ORIENTAÇÃO DISCURSIVA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR E A PANDEMIA DA COVID-19 NO BRASIL

Fábio Periandro de Almeida Hirsch¹⁵⁹

Weydiane Nunes Nascimento¹⁶⁰

RESUMO: O artigo trata da atuação da Justiça Militar brasileira perante a COVID-19, com ênfase na produção de julgados específicos acerca do tema pelo Superior Tribunal Militar, com o objetivo de evidenciar que, apesar da especificidade, a Corte Superior adotou orientação vinculada ao estado democrático de direito e aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, mesmo diante de uma mazela de gravidade imensa como a pandemia.

PALAVRAS CHAVE: Superior Tribunal Militar (STM). Justiça Militar. Pandemia. COVID-19. Jurisprudência.

1. INTRODUÇÃO

O ano de 2020 será referido no futuro como o ano da pandemia mundial da COVID-19, o coronavírus. Milhões de infectados em todo o planeta, com centenas de milhares de mortes derivadas, direta ou indiretamente, do vírus. O impacto humano revelado não apenas nos óbitos, mas também nas vidas dos que sobreviveram, no cotidiano dos familiares que foram atingidos pela doença com a perda de entes queridos.

Todo o cenário de caos instalado pela rapidez associada ao altíssimo índice de mortalidade da COVID-19 não deixaria de produzir questões concretas a serem tratadas pelo Poder Judiciário dos países e, em especial, no corte realizado pelo presente artigo, no sistema brasileiro da Justiça Castrense.

A elaboração se deveu ao convite gentil da Professora Doutora Selma Santana para a realização de obra que tratasse de um dos eixos da jurisdição estatal brasileira com, talvez, menor produção acadêmica. Fruto quer de ranços

¹⁵⁹ Doutor (2012) e Mestre (2007) em Direito Público, ambos com ênfase em Direito Constitucional, pela Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA). Graduado pela Universidade Católica do Salvador (1997-2001). Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia (UFBA), Adjunto de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e de Jurisdição Constitucional da Faculdade Baiana de Direito e da Universidade Jorge Amado (UNIJORGE). Membro fundador do Instituto de Direito Constitucional da Bahia (IDCB). Integrante do Núcleo Jurídico da ACB - Associação Comercial da Bahia. Coordenador do Serviço de Pesquisa em Direitos e Deveres Fundamentais no Brasil - SPDDF, grupo certificado no DGP do CNPQ. Advogado e Árbitro.

¹⁶⁰ Graduada em Direito pela Universidade Jorge Amado (UNIJORGE). Atuou como estagiária na Secretária de Justiça, Direitos Humanos e Desenvolvimento Social (SJDHDS).

ideológicos e de fatos do passado, quer de suposta menor relevância no cenário das lides forenses, a Justiça Militar, sua estrutura e sua jurisprudência necessitam ser lidos, analisados, debatidos e fomentados no meio acadêmico.

A premissa do presente artigo é que a atuação do Superior Tribunal Militar (STM) nas demandas que tratam da pandemia da COVID-19 foi relevante para a sinalização de como os demais integrantes da justiça castrense federal brasileira devam se balizar no enfrentamento de tema ao mesmo tempo delicado e passível de variadas apreciações.

A metodologia utilizada foi a pesquisa documental por meio do sítio eletrônico do STM por meio de palavra chave que abarque o fenômeno estudado. Com os achados da pesquisa, analisar cada qual dos julgados proferidos pela Corte Militar Superior brasileira e, ao final, extrair a consequência e avaliar se a premissa acima indicada será ou não confirmada.

A busca documental também será utilizada com o objetivo de arrecadar informações oficiais acerca da realidade da pandemia da COVID-19 no sistema carcerário brasileiro, eis que esta realidade permeia a quase totalidade dos julgamentos de competência do STM.

O foco, portanto, é a análise dos casos e dos dados oficiais, prioritariamente oriundos do Conselho Nacional de Justiça, e não o relato de obras doutrinárias, dado que o fenômeno estudado ainda carece de maiores reflexões sistemáticas por estar em curso na realidade social brasileira e mundial.

O artigo é fruto de pesquisas realizadas pelos autores no seio do Serviço de Pesquisa em Direitos e Deveres Fundamentais no Brasil, grupo de investigações jurídicas coordenado pelo autor e com a participação da autora, registrado no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPQ (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/4204257972421612).

2. A COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR BRASILEIRO

O Superior Tribunal Militar é composto por 15 ministros vitalícios, e passou a integrar o Poder Judiciário a partir da Constituição de 1934, seus julgamentos seguem a mesma sistemática do Judiciário Brasileiro, sendo assim, o Brasil deve ter a Justiça Militar integrada ao Poder Judiciário.

É um órgão de segunda instância. Isso porque, apesar da denominação de “Superior”, a Lei Federal 8457, de 04 de setembro de 1992, que organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus serviços auxiliares,

dividiu o território nacional em doze circunscrições judiciárias militares em tempos de paz (artigo 2º), tratando do STM no artigo 3º como órgão máximo com jurisdição nacional e, mais adiante, a partir do artigo 11, a norma trata dos “Órgãos de Primeira Instância da Justiça Militar”, disciplinando as Auditorias Militares, subdividas internamente nos Conselhos Especial e Permanentes de Justiça.¹⁶¹

A competência constitucionalmente prevista se volta para julgar os crimes militares cometidos por integrantes das forças armadas (marinha, exército e aeronáutica) ou por civis que atentem contra a Administração Militar Federal, tendo como missão processar e julgar crimes militares definidos em lei a fim de contribuir para a promoção da Justiça.

A sua competência está prevista na Constituição Federal de 1988, nos artigos 122, 123 e 124¹⁶², e assim, tem como competência julgar os crimes militares previstos em Lei, respaldada, pelo Código Penal Militar (CPM) e o Código de Processo Penal Militar (CPPM).

O Código Penal Militar traz a previsão dos tipos penais que são configurados como crime militar, como também, diversas hipóteses em que um comportamento ilícito é um delito militar, o que o torna de competência da Justiça Militar.

A Lei 13.491/17 ampliou a competência da Justiça Militar, dispondo sobre hipóteses em que a Justiça Militar passou a ser competente para processar e julgar militares da Forças Armadas em situações que anteriormente eram de competência do Tribunal do Júri.

¹⁶¹ BRASIL. Lei 8.457, de 04 de setembro de 1992. In: **Presidência da República**. Brasília, 1988.

¹⁶² “Art. 122. São órgãos da Justiça Militar: I - o Superior Tribunal Militar; II - os Tribunais e Juízes Militares instituídos por lei. Art. 123. O Superior Tribunal Militar compor-se-á de quinze Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército, três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis. Parágrafo único. Os Ministros civis serão escolhidos pelo Presidente da República dentre brasileiros maiores de trinta e cinco anos, sendo: I - três dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de dez anos de efetiva atividade profissional; II - dois, por escolha paritária, dentre juízes auditores e membros do Ministério Público da Justiça Militar. Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Imprensa Nacional. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 13 set. 2020.

Ou seja, com a Lei 13.491/17 a conduta ilícita que atente contra a Instituição Militar ou a sua ordem administrativa, mesmo não inserida no CPM, mas que seja praticada por ou contra militar em serviço, é de competência da Justiça Militar.

Ao analisar os referidos dispositivos constitucionais mencionados anteriormente, é possível observar que a Justiça Militar possui a competência para processar e julgar apenas os crimes militares definidos em lei, e que a sua organização, funcionamento e sua competência deve estar definida em lei.

O STM tem competência para julgar os militares ou civis que praticarem algum crime militar contra as forças armadas, não havendo alteração do art. 124 da CF, permanece a atribuição da Justiça Militar da União para o julgamento dos crimes militares.

Assim, a Justiça Militar Federal tem sua competência definida pelo referido artigo para processar e julgar os crimes propriamente militares.¹⁶³

A competência permanece firmada ainda que os delitos sejam cometidos por civis.¹⁶⁴

¹⁶³ “A competência penal da Justiça Militar da União não se limita, apenas, aos integrantes das Forças Armadas nem se define, por isso mesmo, “ratione personae”. É aferível, objetivamente, a partir da subsunção do comportamento do agente – de qualquer agente, mesmo o civil, ainda que em tempo de paz – ao preceito primário incriminador consubstanciado nos tipos penais definidos em lei (o Código Penal Militar). – O foro especial da Justiça Militar da União não existe para os crimes dos militares, mas, sim, para os delitos militares, “tout court”. E o crime militar, comissível por agente militar ou, até mesmo, por civil, só existe quando o autor procede e atua nas circunstâncias taxativamente referidas pelo art. 9º do Código Penal Militar, que prevê a possibilidade jurídica de configuração de delito castrense eventualmente praticado por civil, mesmo em tempo de paz. – EXCLUSÃO, no caso, da competência penal da Justiça Militar da União quanto ao crime de roubo, por tratar-se de valores pertencentes a empresa privada, embora depositados em posto do Banco do Brasil em área sob a administração militar. Reconhecimento, no caso, da competência penal da Justiça comum estadual quanto ao suposto autor, que é civil”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 110185/SP**, rel. Min. Celso de Mello, DJe 213, publicado em 30/10/2014.

¹⁶⁴ “I - A competência penal da Justiça Castrense não se limita, apenas, aos integrantes das Forças Armadas, nem se define, por isso mesmo, ratione personae. É aferível, objetivamente, a partir da subsunção do comportamento do agente, de qualquer agente, mesmo o civil, ainda que em tempo de paz, ao preceito primário incriminador consubstanciado nos tipos penais definidos no Código Penal Militar. (HC 109.544-MC, Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma). II - As provas encartadas nos autos revelam que as agressões verbais praticadas pela acusada, em lugar sujeito à administração militar, tiveram como alvo militares da ativa, que se encontravam no pleno exercício de suas funções (art. 9º, III, b, do CPM). III - Competência da Justiça Penal Militar da União para o julgamento do caso. Precedente. IV - Ordem de habeas corpus denegada.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 135607/AM**, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 253, publicado em 29/11/2016.

A visão do Supremo Tribunal Federal acerca da delimitação das competências da Justiça Militar, já faz tempos, vem sendo restritiva.¹⁶⁵

A orientação do Superior Tribunal Militar mais recente, contudo, ainda que diante de modificações substanciais na questão competencial derivadas de lei do ano de 2018 – Lei Federal 13.774 -, entende pela atribuição da justiça especializada federal levando em conta a condição de militar da ativa quando dos fatos.¹⁶⁶

A competência da Justiça Militar da União já é, por ela própria, uma primeira questão relevante quando das análises de questões envolvendo direito penal e processual penal militar.

3. A PANDEMIA DA COVID-19 E O MONITORAMENTO DO SISTEMA CARCERÁRIO BRASILEIRO PELO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA

O contágio da COVID-19, ocorrido de forma ampla, irrestrita, silenciosa, subnotificada e com óbitos que, no Brasil, já passam de 130 mil pessoas, não

¹⁶⁵ “Habeas Corpus originário. Competência da Justiça Militar da União. Interpretação restritiva. Civil acusado de Uso de Documento falso. Competência da Justiça Federal. Precedentes. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal adota interpretação restritiva na definição da competência da Justiça Militar da União para o julgamento de civis em tempo de paz. 2. Compete à Justiça Federal processar e julgar civil acusado de uso de documento falso (art. 315 do CPM). 3. Ordem parcialmente concedida para declarar a insubsistência dos atos decisórios e determinar o encaminhamento dos autos à Justiça Federal. (...) O Supremo Tribunal Federal já assentou o caráter excepcional do enquadramento como delitos militares dos praticados por agente civil em tempos de paz, circunscrito aos casos em que a ofensa ao bem jurídico tutelado recaia sobre a função de natureza militar como a defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais, da Lei e da ordem (HC 86.216/MG, Rel. Min. Ayres Britto, 1ª Turma, unânime, DJe 24.10.2008). Assim, embora a competência da Justiça Militar não se restrinja às hipóteses em que cometido o delito por integrantes das Forças Armadas, há de ser interpretada restritivamente no que diz com o julgamento de civil em tempos de paz, pelo caráter anômalo de que se reveste. Nesse sentido, diversos precedentes desta Suprema Corte, dentre os quais o HC 81.963/RS, rel. Min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, DJe 18.6.2002.”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 121189/PR**, rel. Min. Roberto Barroso, DJe 186, publicado em 25/09/2014.

¹⁶⁶ “A aplicação da Lei nº 13.774/2018 implica a redução da competência dos Conselhos de Justiça para julgar os réus submetidos à jurisdição da Justiça Militar, embora não tenha dela suprimido a tarefa de julgar réu que, ao tempo do crime, era militar da ativa, independentemente de ter passado à condição de civil. O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas 7000425-51.2019.7.00.0000, julgado em 22 de agosto de 2019, estabelece que: “Compete aos Conselhos Especial e Permanente de Justiça o julgamento de civis que praticaram crimes militares na condição de militares das Forças Armadas”. BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Agravo Interno nº 7000358-52.2020.7.00.0000**. Rel. Min. Francisco Joseli Parente Camelo. Decisão por maioria. Publicação em 31/08/2020.

seria tema que escaparia da aferição da Justiça Castrense e, em particular, do Superior Tribunal Militar.

A Câmara dos Deputados do Brasil constituiu comissão externa específica de saúde para acompanhar as ações de combate ao novo coronavírus. A mesma, atentando para a situação da pandemia no sistema penitenciário brasileiro, expôs que até o último dia 22 de agosto de 2020, foram registrados quase 14 mil casos de contaminação pela COVID-19 no sistema carcerário brasileiro, um aumento de 99,3% em 30 dias, de acordo com dados divulgados pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ). Os dados somam os 5.113 casos e 65 mortes confirmadas entre servidores do sistema prisional e os 8.665 casos e 71 mortes de presos confirmadas.¹⁶⁷

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) passou a centralizar informações monitoradas pelo Poder Judiciário acerca da pandemia do novo coronavírus nos sistemas penitenciário e socioeducativo, sistematizadas em uma página eletrônica na Internet. A mesma conta com atualização periódica apoiada pelos judiciários locais, sendo possível acompanhar o número de casos e de óbitos, realização de testes, disponibilização de equipamentos de proteção individual e outras ações de enfrentamento à doença em ambientes de privação de liberdade.

As informações resultam do monitoramento do conjunto de iniciativas articuladas pelo Departamento de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Prisional e do Sistema de Execução de Medidas Socioeducativas Socioeducativo (DMF/CNJ) para guiar as ações do Judiciário no contexto da Recomendação 62/2020. A normativa aprovada pelo CNJ em 17 de março, renovada no dia 19/6, traz orientações a tribunais e magistrados para evitar a contaminação em massa no ambiente prisional.¹⁶⁸ O ambiente especializado é assim apresentado pelo próprio CNJ:

¹⁶⁷ BRASIL. Câmara dos Deputados. “Comissão avalia impactos da Covid-19 no sistema penitenciário”. **Agência Câmara de Notícias**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/681249-comissao-avalia-impactos-da-covid-19-no-sistema-penitenciario>. Acesso em: 13 set. 2020.

¹⁶⁸ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Monitoramento do sistema carcerário – COVID 19**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19>. Acesso em: 13 set. 2020.

A pandemia do novo coronavírus afeta de forma direta a vida de milhares de pessoas em privação de liberdade em todo o mundo, assim como de seus familiares e pessoas próximas.

No Brasil, que teve seu sistema prisional reconhecido como estado de coisas inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, a superlotação e péssimas condições estruturais e de higiene vão contra recomendações de segurança sanitária de órgãos técnicos de saúde. Quanto ao sistema socioeducativo, a situação não é diferente.

Para garantir a proteção da vida e da saúde coletiva conforme determina a Constituição, permitindo que pessoas sob tutela do Estado tenham condições dignas de cumprimento de suas responsabilizações, o DMF/CNJ vem trabalhando em normativas, orientações e ações de monitoramento com o apoio de tribunais, com dados disponibilizados nesta página.

Além de um Boletim Semanal sobre Contágios e Óbitos no Sistema Prisional e no Socioeducativo, também são disponibilizados dados coletados regularmente pelos GMFs/Tribunais de Justiça com o Monitoramento das Ações de Enfrentamento à Covid-19 em Espaços de Privação de Liberdade. A sistematização de normativas, implementação de planos de contingência, modificação de regimes e outras medidas contra a epidemia adotadas pelos Tribunais de Justiça a partir da Recomendação 62/2020 estão disponíveis no Monitoramento CNJ sobre o tema.

O DMF/CNJ desenvolve, ainda, articulações locais, capacitações e atividades em campo com o apoio do programa Justiça Presente, parceria entre o CNJ e o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, com apoio do Ministério da Justiça e Segurança Pública, para superar desafios históricos em nosso sistema prisional e socioeducativo.¹⁶⁹

O ambiente específico de exposição dos dados do sistema carcerário brasileiro sinaliza o seguinte quadro atual:

- a) entre março e maio, 35 mil pessoas foram retiradas de unidades prisionais com a adaptação do cumprimento da pena para outros formatos, como prisão domiciliar ou monitoração eletrônica. Trata-se de 4,6% do total de pessoas em privação de liberdade, excluídos o regime aberto e presos em delegacias;
- b) em números atualizados até 07/09/2020, foram um total de 184 óbitos registrados (com aumento de 18,7% desde os 30 dias anteriores) em um universo de 30.467 casos confirmados (com aumento de 40,5% desde os 30 dias anteriores);
- c) dentre os falecidos, 106 vítimas estavam entre as pessoas presas e 78 entre servidores dos sistemas penitenciários;

¹⁶⁹ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Covid-19**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19>. Acesso em: 13 set. 2020.

- d) a análise dos dados para o período de junho a setembro demonstra que, embora o crescimento de casos de Covid-19 tenha sido maior entre os indivíduos privados de liberdade (com aumento de 742,6% das ocorrências entre os presos, frente a 170,5% entre os servidores), a taxa de infectados por 100 mil entre os servidores (6.696,1) continua sendo significativamente maior do que a registrada entre a população carcerária (2.906,1);
- e) no que se refere aos óbitos ocasionados pela doença no sistema prisional, também se verifica uma maior incidência entre servidores. Em 15 de junho havia registro de mortes de 41 trabalhadores e de 54 pessoas presas – o que corresponde a uma taxa de 32,2 servidores mortos por cada 100 mil e de 7,1 óbitos por 100 mil privados de liberdade;
- f) o crescimento do registro de óbitos ao longo do período é possível identificar que a tendência se manteve, com taxa de 61,3 óbitos por 100 mil indivíduos entre os servidores no mês de setembro – índice quatro vezes superior ao verificado para pessoas presas (14,0);
- g) unidades federativas que apresentam maior número absoluto de casos registrados não necessariamente são aquelas com situação mais alarmante, uma vez que esse número pode refletir aspectos como: maior quantitativo de indivíduos privados de liberdade; adoção de políticas de testagem em massa, capazes de diagnosticar casos mesmo entre assintomáticos; regularidade quanto à atualização e à divulgação desses dados.¹⁷⁰

Os dados são a cada dia mais preocupantes. Os números são subnotificados. Cabe ao Poder Judiciário, em todos os níveis, avaliar com cuidado redobrado e de acordo com os casos concretos que se apresentam se a COVID-19 e suas comorbidades devem ser argumentos para o discurso da soltura, da adoção de medidas protetivas ou se devem ser desprezados. Eis o que será avaliado no próximo item, no particular da jurisprudência do Superior Tribunal Militar.

¹⁷⁰ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Monitoramento Semanal Covid 19 Info 09.09.2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp-content/uploads/2020/09/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-09.09.20.pdf>. Acesso em: 13 set. 2020.

4. A ORIENTAÇÃO DO STM QUANTO À PANDEMIA

A pesquisa realizada diretamente no sítio eletrônico do Superior Tribunal Militar apresenta como resultados 06 (seis) julgados colegiados por meio da palavra “pandemia”.

Nos autos do *Habeas Corpus* nº 7000326-47.2020.7.00.0000, sendo relator o Ministro General do Exército Marco Antônio de Farias, tendo como paciente Sebastião Nascimento Ferreira e como impetrado o Juiz Federal da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª CJM (Justiça Militar da União – Bagé), o STM, por unanimidade, acolheu recomendação do CNJ para tratamento o mais protetivo possível a condenado em regime aberto ou semi aberto de cumprimento de pena, sendo que, com isso, se limite a expedição do mandado prisional. Isso porque “Inexiste norma que tenha obstado, por qualquer vértice, a execução da pena durante este conturbado período - "COVID 19", não sendo correto confundir a impositiva expedição do Mandado de Prisão com as medidas protetivas dirigidas ao Sistema Penitenciário.¹⁷¹

Conforme o Habeas Corpus nº 7000245-98.2020.7.00.0000, nos termos do voto do Relator Ministro Artur Vidigal de Oliveira, no tocante a pandemia, o

¹⁷¹ “HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. REGIME ABERTO. PANDEMIA DO COVID-19. MANDADO DE PRISÃO. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER RESSALVA. RECOMENDAÇÃO DO CNJ Nº 62, DE 17.3.2020. PRISÃO DOMICILIAR. PLEITO LIMINAR. CONCESSÃO. MANUTENÇÃO. DEFERIMENTO PARCIAL. MÉRITO. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DO MANDADO DE PRISÃO. ORDEM DENEGADA. DECISÃO UNÂNIME. 1. Tratando-se de imposição de regime aberto, no Mandado de Prisão deverá constar, expressamente, aquela forma de execução da pena, bem como a determinação de que o Sentenciado seja recolhido à casa de albergado ou, na falta desta ou na indisponibilidade de vagas, assegure-se a prisão em domicílio. Precedentes do STM. 2. Aliando-se os precedentes do STM à atual conjuntura de pandemia, verifica-se a necessidade de integrá-los à Recomendação do CNJ nº 62, de 17.3.2020. 3. O CNJ recomenda aos magistrados com competência sobre a execução penal que, com vistas à redução dos riscos epidemiológicos e, em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerem, como medida, a concessão de prisão domiciliar em relação a todas as pessoas presas em cumprimento de pena em regime aberto e semiaberto, mediante condições a serem definidas pelo Juiz da Execução. Recomendação do CNJ nº 62, de 17.3.2020. 4. Impõe-se a expedição de Mandado de Prisão, constando a impossibilidade do recolhimento à prisão do condenado em regime aberto ou semiaberto, para que cumpra prisão domiciliar mediante condições a serem definidas pelo Juiz da Execução, nos termos do inciso III do art. 5º da Recomendação do CNJ nº 62, de 17.3.2020. 5. Inexiste norma que tenha obstado, por qualquer vértice, a execução da pena durante este conturbado período - "COVID 19". Não se pode confundir a impositiva expedição do Mandado de Prisão com as medidas protetivas dirigidas ao Sistema Penitenciário. Portanto, nesse contexto, não cabe suspender a execução de Mandado de Prisão. 6. Pleito liminar concedido. Mérito. Ordem denegada. Decisão unânime”. BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Habeas Corpus 7000326-47.2020.7.00.0000**. Rel. Min. Marco Antônio de Farias. 2020.

impetrante requereu a suspensão do IPM nº 0000154-89.2014.7.11.0111 bem como de qualquer ato ou prazo não urgente ou imprescindível, inclusive dos que possam ser realizados remotamente, por meio eletrônico, como o arrolamento de testemunhas, e, principalmente, dos que demandem contato interpessoal, como as audiências, pelo período em que perdurarem as medidas de isolamento social e a própria pandemia.

De acordo com o voto do relator, foram editados, pelo Conselho Nacional de Justiça, mais de 25 normas administrativas que regem o funcionamento dos tribunais em função do enfrentamento à pandemia. Estabeleceu-se regime de Plantão Extraordinário, para uniformizar o funcionamento dos serviços judiciários, com o objetivo de prevenir o contágio pelo novo Coronavírus - Covid-19, e garantir o acesso à justiça neste período emergencial. Como não poderia deixar de ser, a Justiça Militar da União, assim como todos os demais ramos do Poder Judiciário, passou a observar as determinações emanadas do Conselho Nacional de Justiça, implementando o Plantão Extraordinário, nos exatos moldes das Resoluções que regem o assunto.

Logo, foi decidido que a saúde das partes, advogados, servidores e magistrados está plenamente preservada com a adoção do sistema de tecnologia remota, o qual está plenamente disponível em todos os Juízos desta Justiça Especializada. Cabendo ao Impetrante, contudo, proceder ao seu regular cadastramento no sistema. Assim, todos os atos processuais que estão em andamento poderão ser praticados em completa segurança, porquanto desnecessário o deslocamento de sua residência para tal implemento. Assegurados, portanto, a saúde do advogado e de seus familiares, bem como a regular marcha processual.¹⁷²

Conforme o Habeas Corpus nº 7000205-19.2020.7.00.0000, nos termos do voto do Relator Ministro Dr. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, no tocante a

¹⁷² “HABEAS CORPUS. PANDEMIA COVID-19. AÇÃO PENAL MILITAR. ATOS PROCESSUAIS PRESENCIAIS E PRATICADOS REMOTAMENTE. SUSPENSÃO. REGIME DE PLANTÃO EXTRAORDINÁRIO DO JUDICIÁRIO. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. 1. Em razão da pandemia do COVID-19 que assola o País e o mundo, o Conselho Nacional de Justiça implementou medidas de padronização das condutas na seara judicial, considerando a natureza essencial dessa atividade jurisdicional e a necessidade de se assegurar condições mínimas para sua continuidade, compatibilizando-a com a preservação da saúde de magistrados, servidores, agentes públicos, advogados e usuários em geral. 2. Não há motivos que ensejem a suspensão das providências que podem ser adotadas por meio eletrônico, pois são as previstas e implementadas no período de normalidade institucional. Ordem conhecida e denegada. Decisão unânime”. BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Habeas Corpus nº 7000245-98.2020.7.00.0000**. Relator Min. Artur Vidigal de Oliveira, 2020.

pandemia, o impetrante requer o cumprimento da pena em regime domiciliar, para que o condenado não fique exposto ao contato direto com outros presos e contraia o vírus de forma desnecessária.

Em detrimento a situação de pandemia vivenciada pela população mundial, verificou-se, no caso concreto, adoção pela autoridade militar das medidas recomendadas pelo Conselho Nacional de Justiça quanto à propagação do novo coronavírus.

De acordo com o voto do relator, inexistem nos autos informações sobre qualquer condição de vulnerabilidade do Paciente, que foi considerado apto em inspeção de saúde e cumpre a reprimenda em regime de menagem, ou seja, presta serviços na Unidade Militar durante o dia e recolhe-se ao alojamento no período noturno.

Registrou-se que o Magistrado e o Ministério Público Militar possuem os meios necessários para avaliar as condições das prisões e inspecioná-las, se necessário, como em eventual surgimento de notícias de violação ou de ameaça a qualquer direito fundamental dos condenados.¹⁷³

Tratando de caso no qual foi pleiteada a liberdade do paciente ante decreto de prisão preventiva fundado em ameaças à ordem pública (art. 225, alínea “a” do CPPM) e à aplicabilidade da lei penal militar (art. 225, alínea “b” do mesmo CPPM), nos autos do Habeas Corpus nº 7000389-72.2020.7.00.0000, o relator, Ministro Péricles Aurélio Lima de Queiroz, entendeu que inexistiam no

¹⁷³ “HABEAS CORPUS. DESERÇÃO. ART. 187 DO CÓDIGO PENAL MILITAR (CPM). CONDENAÇÃO. CUMPRIMENTO DA PENA. VEDAÇÃO DO SURSIS. PEDIDO DE PRISÃO DOMICILIAR. PANDEMIA. CORONAVÍRUS. ORDEM DENEGADA. DECISÃO POR UNANIMIDADE. I - O Paciente responde a processo de execução penal após regular condenação em Primeira Instância e confirmação da Sentença em sede de Apelação. II - O Superior Tribunal Militar já pacificou posicionamento de que a vedação legal da suspensão condicional da pena nos casos previstos no art. 88, inciso II, “a”, do CPM, e no art. 617, II, “a”, do Código de Processo Penal Militar (CPPM), não afronta o texto constitucional. III - Ademais, no tocante à situação de pandemia vivenciada pela população mundial, verifica-se, *in casu*, adoção pela autoridade militar das medidas preventivas recomendadas pelo Conselho Nacional de Justiça quanto à propagação do novo coronavírus - Covid-19. IV - Não há nos autos informações sobre qualquer condição de vulnerabilidade do Paciente, que foi considerado apto em inspeção de saúde e cumpre a reprimenda em regime de menagem, ou seja, presta serviços na Unidade Militar durante o dia e recolhe-se ao alojamento no período noturno. V - Além disso, ele possui circulação livre nos limites do aquartelamento e a atividade laboral diári contribui para a sua saúde mental e para a sua ressocialização. VI - Habeas Corpus conhecido. Ordem denegada. Decisão unânime”. BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Habeas Corpus nº 7000205-19.2020.7.00.0000**. Rel. Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. 2020.

caso concreto indicativos capazes de atestar a materialidade e a autoria com a solidez necessária.

Na sequência, justificou também que as provas e indícios se revelaram inconsistentes acerca da prática dos delitos apontados pelo indivíduo, bem como de eventual associação criminosa, o que os torna incapazes de sustentar a manutenção da prisão preventiva, sob pena de desrespeito à garantia fundamental da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição da República de 1988 - CR/88).

Por consequência, as ameaças à ordem pública e à aplicabilidade da lei penal militar restaram esvaziadas pois, ainda que as evidências sejam suficientes para o início da persecução processual, não de ser de maior robustez para que demonstrem a existência de um perigo concreto, em linhas com as hipóteses previstas no art. 255 do CPPM.

E finalizou sua análise tratando diretamente da questão da COVID-19: considerou as circunstâncias pessoais favoráveis do sujeito alvo da investigação a reforçar a desnecessidade do aprisionamento. Ao lado disso, o paciente possui residência fixa, é primário e detém boa conduta no meio militar e, “Mais que isso, seus progenitores estão acometidos de males de saúde que os inserem no grupo de risco da doença do novo Coronavírus (COVID-19), o que aponta sua indispensabilidade para os ajudar”.

Em outros termos: o entendimento manifestado pelo STM, eis que a ordem foi concedida por unanimidade, considerou não apenas o acometimento direto do paciente com o coronavírus (o mesmo sequer alegou tal fato), mas, em aplicação direta – ainda que não expressada – do princípio da dignidade da pessoa humana e da proteção dos pais em caso de enfermidade por conta dos filhos (CF, art. 229), em especial caso idosos, como no caso em análise (CF, art.

230)¹⁷⁴, a preservação dos seus genitores ante estarem em grupo de risco para a doença.¹⁷⁵

¹⁷⁴ “Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade. Art. 230. A família, a sociedade e o Estado têm o dever de amparar as pessoas idosas, assegurando sua participação na comunidade, defendendo sua dignidade e bem-estar e garantindo-lhes o direito à vida”. BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Imprensa Nacional. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 13 set. 2020.

¹⁷⁵ “HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO LIMINAR. PROVA DE MATERIALIDADE. INDÍCIOS DE AUTORIA. PECULATO-APROPRIAÇÃO (ART. 303, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL MILITAR - CPM). COMÉRCIO ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 17 DA LEI 10.826/2003). RISCO À ORDEM PÚBLICA (ART. 255, ALÍNEA "A", DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR - CPPM). PERIGO À APLICABILIDADE DA LEI PENAL MILITAR (ART. 255, ALÍNEA "D", DO CPPM). INCONSISTÊNCIA PROBATÓRIA. AUSÊNCIA DE CERTEZA NECESSÁRIA PARA APRISIONAMENTO CAUTELAR. CONSEQUENTE ESVAZIAMENTO DA AMEAÇA À ORDEM PÚBLICA. INEXISTÊNCIA DE RISCO CONCRETO DE FUGA. EXCESSO DE PRAZO. DESRESPEITO AO ART. 20 E AO ART. 79, AMBOS DO CPPM. CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS. REFORÇO À CONCESSÃO. PRISÃO REVOGADA. COLOCAÇÃO EM LIBERDADE PROVISÓRIA. LIMINAR RATIFICADA. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. DECISÃO UNÂNIME. I - Prisão preventiva decretada em vista de provas da materialidade (art. 254, alínea "a", do CPPM) e de indícios de autoria (art. 254, alínea "b", do CPPM) quanto à possível prática dos delitos de peculato-apropriação (art. 303, caput, do CPM) e de comércio ilegal de arma de fogo (art. 17 do Estatuto do Desarmamento). Fundamentado que as circunstâncias relacionadas aos fatos, apontavam pelo risco à ordem pública (art. 255, alínea "a", do CPPM). Não apresentação ao expediente e desconhecimento acerca da localização do Paciente colocariam em perigo a aplicabilidade da Lei Penal Militar (art. 255, alínea "d", do CPPM). II - Não obstante as compreensões iniciais, as leituras não se calcaram em indicativos capazes de atestar a materialidade e a autoria com a solidez necessária. Provas e indícios se revelaram inconsistentes acerca da prática dos delitos apontados pelo indivíduo, bem como de eventual associação criminosa, o que os torna incapazes de sustentar a manutenção da prisão preventiva, sob pena de desrespeito à garantia fundamental da presunção de inocência (art. 5º, LVII, da Constituição da República de 1988 - CR/88). III - Por consequência, as ameaças à ordem pública (art. 255, "a", do CPPM) e à aplicabilidade da lei penal militar (art. 255, "b", do CPPM) restam igualmente esvaziadas. Ainda que as evidências sejam suficientes para o início da persecução processual, não de ser de maior robustez para que demonstrem a existência de um perigo concreto, em linhas com as hipóteses previstas no art. 255 do CPPM. IV - Pela ordem pública, não se pode afirmar que essa possa estar a perigo em caso de soltura se ausente maior certeza sobre a prova da suposta prática delitiva. Quanto ao risco de fuga, a manutenção de domicílio fixo e a apresentação voluntária à prisão são indicativos contrários à necessidade do aprisionamento. Ademais, tal indefinição sobre os crimes torna problemático afirmar pela existência de tal risco. V - Ainda, com indiciado preso, a conclusão do inquérito deve se dar em 20 dias (art. 20 do CPPM) e a consequente oferta da Peça Acusatória em 5 dias (art. 79 do CPPM). No caso sob análise, o estouro dos prazos aplicáveis, embora tenha vindo a ser ofertada a Denúncia, resulta no reconhecimento da possibilidade de que ocorresse um maior excesso de prazo, visto que constatada a insubsistência de provas e indícios a justificarem a prisão, bem como que a investigação ainda visava determinar os fatos inicialmente imputados. VI - Embora não sejam determinantes para revogação da prisão quando examinadas isoladamente, as circunstâncias pessoais favoráveis do sujeito alvo da investigação reforçam a desnecessidade do aprisionamento. No caso dos autos, o Paciente possui residência fixa, é primário e detém boa conduta no meio militar. Mais que isso, seus progenitores estão acometidos de males de saúde que os inserem no grupo de risco da doença do novo Coronavírus (COVID-19), o que aponta sua indispensabilidade para os ajudar. VII - Liminar ratificada. Revogação da prisão preventiva mantida, bem como a colocação em liberdade condicional. Ordem de Habeas Corpus concedida. Unanimidade”. BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Habeas Corpus nº 7000389-72.2020.7.00.0000**. Rel. Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, 2020.

No quinto julgado, o STM por unanimidade, conheceu do pedido e concedeu a ordem de *habeas corpus* para, confirmando a liminar deferida, revogar em definitivo a prisão preventiva decretada pelo Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 11ª CJM, em desfavor de Jairo Alves Ribeiro, nos autos do APF nº 7000105- 25.2020.7.11.0011, se por outro motivo não estiver preso.

Nos termos do voto do Relator Ministro Lúcio Mário de Barros Góes, ao ser surpreendido, o paciente disparou arma de fogo, regulamentada perante o Exército Brasileiro, contra militar, por tê-lo confundido com um meliante. Não houve, ao ver do relator, indicativo de afronta à tranquilidade social a partir de cenário em que o paciente venha com reiteração criminosa a responder ao processo criminal em liberdade.

Na mesma linha, a instrução processual seguiu o seu curso normal, tendo o acusado respondido a todos os chamamentos judiciais, sendo que inexistem nos autos motivos que justifiquem o encarceramento pela gravidade do crime, mormente por não haver periculosidade presumida. Ademais, as declarações prestadas pelo Paciente no sentido de que agira pensando, juntamente aos quatro amigos, quando faziam a trilha de bicicleta, que seriam vítimas de assalto, foi corroborada por todos os envolvidos. Além disso, as testemunhas ouvidas no APF afirmaram não ter havido qualquer ato de resistência à ordem de parar emitida pelo Sd-FN Ueslei, pois, logo que fora alertado por um dos amigos tratar-se de um militar, imediatamente o paciente agachou-se e colocou a arma que portava no chão.

Adicionou à fundamentação que a documentação trazida aos autos revela que o Paciente é possuidor de bons antecedentes, com residência fixa e emprego certo e, para finalizar, após reconhecer que o caso que se apresenta nos autos não se amolda a outros em que o Acusado empreende fuga do distrito da culpa pela prática de grave infração penal geradora de clamor social em que a jurisprudência considera fundamento hábil a justificar a constrição cautelar com o escopo de garantir a aplicação da lei penal, destacou o seguinte: “Ademais, nesse momento de enfrentamento de pandemia, por política criminal, não seria

razoável manter o Paciente encarcerado num Presídio com notícia de casos de contágio”.¹⁷⁶

No último julgado, trata-se do *Habeas Corpus* nº 7000228-62.2020.7.00.0000, impetrado em favor do Subtenente do Exército Ronaldo Costa Machado, alegando estar sofrendo constrangimento ilegal por parte do 9º Batalhão de Infantaria Motorizado, considerando, em 29 de março de 2020, a lavratura do Auto de Prisão em Flagrante autuado sob o nº 7000040-58.2020.7.03.0203.

Verificou-se que o MM. Juiz Federal Substituto da Justiça Militar da 2ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar Dr. Wendell Petrachim Araújo, atendendo a pleito da autoridade policial militar, converteu em preventiva a prisão em flagrante, com fundamento nos arts. 254, alíneas "a" e "b", e 255, alíneas "a", "b", "c" e "e", todos do Código de Processo Penal Militar, conforme Decisão de 30 de março de 2020.

Ainda que, ao final, mesmo tendo considerado legal o flagrante, o relator tenha reconhecido que a ordem devesse ser concedida (a decisão foi por maioria no caso concreto) – considerando ser inaceitável a manutenção do paciente no cárcere por tempo indeterminado, pois sua manutenção na prisão, cautelarmente, é medida desproporcional, consubstanciando-se em odiosa antecipação de execução penal que não se sabe se a ele será impingida -, no início da sua análise a questão pandêmica foi analisada e, na espécie, afastada como motivo para o não encarceramento do paciente:

Antes de analisar o mérito, como destaquei na Decisão liminar, cabe salientar que a situação de calamidade pública vivenciada pela nossa

¹⁷⁶ “HABEAS CORPUS. INGRESSO CLANDESTINO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. ARTS. 254 E 255, ALÍNEAS "a" e "c" DO CPPM. INCONSISTÊNCIA DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO. AGENTE PRIMÁRIO, COM EMPREGO E RESIDÊNCIA FIXA. AUSÊNCIA DE ANTECEDENTES CRIMINAIS. DESNECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA. CONCESSÃO DA ORDEM. UNANIMIDADE. Grupo de amigos que fazia trilha, em área sob administração militar. Ao ser surpreendido, um deles disparou arma de fogo, regulamentada perante o Exército Brasileiro, contra militar, por tê-lo confundido com um meliante. Ausência de indicativo de afronta à tranquilidade social a partir de cenário em que o Paciente venha com reiteração criminosa a responder ao processo criminal em liberdade. A instrução processual segue o curso normal, tendo o acusado respondido a todos os chamamentos judiciais. Inexistem nos autos motivos que justifiquem o encarceramento pela gravidade do crime, mormente por não haver periculosidade presumida, prejudicando o bom desenvolvimento do processo. Necessidade de diligências complementares, já requisitadas pelo Parquet Castrense, para melhor perscrutação da ocorrência”. BRASIL. Superior Tribunal Militar. *Habeas Corpus* nº 7000236-39.2020.7.00.0000. Rel. Min. Lúcio Mário de Barros Góes, 2020.

sociedade em razão da proliferação pandêmica da COVID-19, por si só, não impede a manutenção dos decretos preventivos.

No caso dos autos, especificamente, não há comprovação de condição clínica especial, **muito menos o requisito etário, pois o Paciente não é maior de 60 (sessenta) anos de idade**, ao contrário do que enfatizou a Impetrante, além de ter o Comando do 9º Batalhão de Infantaria Motorizado informado acerca da adoção de todas as providências sanitárias necessárias ao resguardo da saúde do Paciente, que se encontrava, na ocasião, em cela exclusiva e em boas condições de salubridade.

Portanto, a alegação genérica e abstrata relacionada à infecção por Coronavírus não se presta a embasar pedido de concessão de liberdade provisória, porquanto completamente dissociada de elementos probatórios que pudessem apontar para o maior risco à vida ou à higidez física do Paciente em comparação às pessoas que não se encontram encarceradas.¹⁷⁷

O Ministro relator no STM, Artur Vidigal de Oliveira, afirmou em seu voto condutor que a autoridade judiciária noticiou ter dispensado, de forma excepcional, a realização da audiência de custódia, nos termos da Recomendação nº 62/2020, do CNJ, que a denúncia já foi recebida, estando pendente a citação do ora Paciente a fim de ser viabilizado "meio telemático com gravação audiovisual para realização da sessão de instrução o mais breve possível", nos termos da Resolução nº 313/2020, do CNJ, tudo em face da pandemia da COVID-19.

5. CONCLUSÃO

O relato da pesquisa realizada junto aos julgados do Superior Tribunal Militar que, no ano de 2020, versaram acerca da questão da pandemia da COVID-19, permite extrair a conclusão que a premissa apresentada no início do escrito foi confirmada.

¹⁷⁷"HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. PRISÃO PREVENTIVA. EXIGÊNCIA DA MANUTENÇÃO DAS NORMAS OU PRINCÍPIOS DE HIERARQUIA E DISCIPLINA MILITARES. DEMONSTRAÇÃO INEQUÍVOCA. LIBERDADE PROVISÓRIA. REQUISITOS LEGAIS. 1. É legal o flagrante quando não foi rompido o nexo de flagrância, na medida em que a autoridade policial militar já diligenciava para localizar o paradeiro do agente, logrando êxito em contatá-lo. 2. Para o decreto preventivo, não devem ser analisadas as circunstâncias do delito, mas, somente, se há motivos concretos, no aspecto legal, para a manutenção da custódia provisória. 3. Não restando demonstrado o motivo ensejador da prisão preventiva, necessária a concessão da liberdade provisória. Ordem conhecida e concedida. Decisão por maioria". BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 7000228-62.2020.7.00.0000**. Rel. Min. Artur Vidigal de Oliveira, 2020, grifo do original.

De fato, a atuação do Superior Tribunal Militar (STM) nas demandas que tratam da pandemia da COVID-19 se mostra relevante para a sinalização de como os demais integrantes da justiça castrense federal brasileira devam se balizar no enfrentamento de tema ao mesmo tempo delicado e passível de variadas apreciações.

Os julgamentos realizados (com amplos debates e, em ao menos metade dos mesmos, realizados com divergência afirmada, por maioria de votos) expõem uma preocupação concreta dos Ministros do STM no sentido de averiguar, caso a caso, dadas as peculiaridades, se a questão pandêmica é idônea como argumento adicional para a soltura ou manutenção de custódias.

Ao lado disso, também foram consideradas situações nas quais pessoas indiretas aos *writs*, como os pais de um dos impetrantes, por necessitarem de cuidados ante a condição de idosos inseridos em grupo de risco para a COVID-19, deveriam ser tuteladas pelo paciente e, por isso e por outros fatores pessoais favoráveis, a liberdade deveria ser decretada.

O que se conclui é que o Superior Tribunal Militar se alinhou de forma muito efetiva às orientações derivadas de atos do Conselho Nacional de Justiça relativas à forma de enfrentamento da pandemia da COVID-19, sem que o vírus e seus notórios efeitos deletérios pessoais e sociais sejam usados como “salvo conduto universal”, o que valoriza a atuação da corte militar no sentido da efetividade dos princípios do devido processo legal substancial (razoabilidade e proporcionalidade) e da dignidade da pessoa humana no Brasil.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Câmara dos Deputados. “Comissão avalia impactos da Covid-19 no sistema penitenciário”. **Agência Câmara de Notícias**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/noticias/681249-comissao-avalia-impactos-da-covid-19-no-sistema-penitenciario>. Acesso em: 13 set. 2020;

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Covid-19**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19>. Acesso em: 13 set. 2020;

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça (CNJ). **Monitoramento do sistema carcerário – COVID 19**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/covid-19>. Acesso em: 13 set. 2020;

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. **Monitoramento Semanal Covid 19 Info 09.09.2020**. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/wp->

<content/uploads/2020/09/Monitoramento-Semanal-Covid-19-Info-09.09.20.pdf>. Acesso em: 13 set. 2020;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Imprensa Nacional. Brasília, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em: 13 set. 2020;

BRASIL. Lei 8.457, de 04 de setembro de 1992. In: **Presidência da República**. Brasília, 1988;

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Habeas Corpus nº 7000228-62.2020.7.00.0000**. Rel. Min. Artur Vidigal de Oliveira, 2020;

220

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Agravo Interno nº 7000358-52.2020.7.00.0000**. Rel. Min. Francisco Joseli Parente Camelo. Decisão por maioria. Publicação em 31/08/2020;

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Habeas Corpus 7000326-47.2020.7.00.0000**. Rel. Min. Marco Antônio de Farias. 2020;

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Habeas Corpus nº 7000205-19.2020.7.00.0000**. Rel. Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz. 2020;

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Habeas Corpus nº 7000236-39.2020.7.00.0000**. Rel. Min. Lúcio Mário de Barros Góes, 2020;

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Habeas Corpus nº 7000245-98.2020.7.00.0000**. Relator Min. Artur Vidigal de Oliveira, 2020;

BRASIL. Superior Tribunal Militar. **Habeas Corpus nº 7000389-72.2020.7.00.0000**. Rel. Min. Péricles Aurélio Lima de Queiroz, 2020;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 110185/SP**, rel. Min. Celso de Mello, DJe 213, publicado em 30/10/2014;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 121189/PR**, rel. Min. Roberto Barroso, DJe 186, publicado em 25/09/2014;

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus 135607/AM**, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 253, publicado em 29/11/2016.

DO RECEBIMENTO DO AUXÍLIO EMERGENCIAL POR MILITARES: UMA ANÁLISE SOB A PERSPECTIVA SANCIONATÓRIA

Jader Esteves da Silva¹⁷⁸

Mariana Tavares Ferreira¹⁷⁹

Fábio Periandro de Almeida Hirsch¹⁸⁰

221

RESUMO: O presente artigo tem por finalidade destrinchar a situação de militares das Forças Armadas que, por livre iniciativa, realizaram o cadastro no CadUnico, visando o recebimento do auxílio emergencial patrocinado pela União, durante a pandemia causada pela propagação do coronavírus. A análise tem por recorte as possibilidades penais e penais militares, explorando, ainda, as medidas disciplinares, sem excluir as administrativas cabíveis a partir do entendimento de que os militares são agentes públicos e, portanto, submetidos aos regramentos e princípios da Administração Pública.

PALAVRAS-CHAVE: Auxílio emergencial; Direito Militar; Justiça Militar; Improbidade administrativa; transgressão disciplinar.

1. INTRODUÇÃO

Não padece de dúvidas o caráter extraordinário do cenário abarcado pela pandemia. Ora, de proporção mundial, resta evidente o potencial colapso econômico e humanitário decorrente desta situação crítica, vivenciada pela humanidade na atualidade. Tornou-se imprescindível, portanto, a intervenção do Estado, no sentido da implementação de uma política pública que garantisse minimamente a sobrevivência dos cidadãos em vulnerabilidade social, bem como a manutenção da economia brasileira.

¹⁷⁸ Bacharel em Ciências Navais (Escola Naval), Pós-Graduado em Direito Militar (Universidade Estácio de Sá), Pós-Graduado em Direito Público (Faculdade Legale). Graduando em Direito UFF. Email: jader.esteves@gmail.com.

¹⁷⁹ Integrante do grupo “Serviço de Pesquisa em Direitos e Deveres Fundamentais do Brasil”, sob coordenação e liderança do Professor Doutor Fábio Periandro de Almeida Hirsch. Graduanda em Direito UFBA. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8349573616489016>. Email: m.tavaresgrf@gmail.com.

¹⁸⁰ Doutor (2012) e Mestre (2007) em Direito Público, ambos com ênfase em Direito Constitucional, pela Universidade Federal da Bahia (PPGD-UFBA). Graduado pela Universidade Católica do Salvador (1997-2001). Professor Adjunto de Direito Constitucional da Universidade Federal da Bahia (UFBA), Adjunto de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade do Estado da Bahia (UNEB) e de Jurisdição Constitucional da Faculdade Baiana de Direito e da Universidade Jorge Amado (UNIJORGE). Membro fundador do Instituto de Direito Constitucional da Bahia (IDCB). Integrante do Núcleo Jurídico da ACB - Associação Comercial da Bahia. Coordenador do Serviço de Pesquisa em Direitos e Deveres Fundamentais no Brasil - SPDDF, grupo certificado no DGP do CNPQ. Advogado e Árbitro.

Nesta seara, inicialmente, deve ser feita uma contextualização quanto à previsão normativa relacionada ao Auxílio-Emergencial, instituído a partir da alteração da Lei nº 8.742, de 7 de dezembro de 1993, a Lei Orgânica da Assistência Social, pela Lei nº 13.982, de 2 de abril de 2020 que estabelece medidas excepcionais de proteção social a serem adotadas durante o período de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (Covid-19).

A Lei nº 13.982 de 2 de abril de 2020 dispõe que o Auxílio-Emergencial deve ser concedido no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais ao trabalhador que o requerer e cumprir cumulativamente os requisitos, nos termos do art. 2º¹⁸¹. Apenas com essas informações já é possível voltarmos os olhos para o objeto deste trabalho já que a situação de emprego formal automaticamente exclui o direito ao recebimento do auxílio e, expressamente prevê o parágrafo 5º que independente da relação jurídica com a Administração Pública, ou seja, de forma análoga, o vínculo estatutário sujeito a regime jurídico próprio, mediante remuneração paga pelo Estado também exclui, ou deveria excluir, os militares do rol de beneficiários do referido Programa, portanto.

De forma bem simplificada, a partir da leitura dos dispositivos supramencionados e também amplamente divulgado na mídia de todo o país, além de sites oficiais, como o da Caixa Econômica Federal, é inadmissível pelo ordenamento pátrio que o desconhecimento embase argumentos para justificar uma solicitação indevida, vez que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”. São os termos do artigo 3º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

Apesar da clara restrição, onde se verifica que essa classe definitivamente não se enquadra nos critérios estabelecidos por lei, é estarrecedor o número levantado, a partir do cruzamento de dados entre o Ministério da Cidadania e da Defesa, onde se detectou que *“o auxílio emergencial de R\$ 600 foi pago irregularmente a 73 mil militares. Ao todo, eles receberam R\$ 43,9 milhões da*

¹⁸¹Art. 2º Durante o período de 3 (três) meses, a contar da publicação desta Lei, será concedido auxílio emergencial no valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais) mensais ao trabalhador que cumpra cumulativamente os seguintes requisitos: (...) II - não tenha emprego formal ativo; (...) § 5º São considerados empregados formais, para efeitos deste artigo, os empregados com contrato de trabalho formalizado nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) e todos os agentes públicos, independentemente da relação jurídica, inclusive os ocupantes de cargo ou função temporários ou de cargo em comissão de livre nomeação e exoneração e os titulares de mandato eletivo. (destaques nossos)

primeira parcela”, conforme informações colhidas no portal oficial do Tribunal de Contas da União¹⁸².

Nesta esteira, a presente análise se dará sob três aspectos, são eles: da atuação e fiscalização do Tribunal de Contas da União, através do TC 018.851/2020-7 no que se refere aos militares; as mesmas circunstâncias ora evidenciadas serão analisadas com enfoque penal e penal militar e, por fim, uma análise crítica acerca da possibilidade de punição de caráter disciplinar no âmbito da caserna, sob a luz dos regulamentos disciplinares das três forças, bem como do Direito Administrativo.

O artigo é fruto de pesquisas realizadas pelos autores no seio do Serviço de Pesquisa em Direitos e Deveres Fundamentais no Brasil, grupo de investigações jurídicas coordenado pelo autor e com a participação da autora, registrado no Diretório de Grupos de Pesquisa do CNPQ (dgp.cnpq.br/dgp/espelhogrupo/4204257972421612).

2. DA MANIFESTAÇÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO NA TC 018.851/2020-7¹⁸³, NO TOCANTE AOS MILITARES DAS FORÇAS ARMADAS

Em sua manifestação, o TCU determinou ao Ministério da Defesa e da Cidadania diversas medidas para que fossem sanadas as irregularidades detectadas quanto ao pagamento indevido do auxílio emergencial, foram elas: a inadmissão de novos casos de militares ativos, inativos e pensionista como aptos a receberem o benefício instituído pela Lei 13.982, de 2 de abril de 2020; o cancelamento dos cadastros admitidos, de modo a evitar a continuidade de pagamentos ilegais e, por último, a obtenção do ressarcimento dos valores já pagos irregularmente.

Em resposta, o Ministério da Cidadania informou que, em nova verificação, constatou-se que 37.298 militares receberam a primeira parcela indevidamente e, assim como os demais cadastrados, a partir das apurações, tiveram os respectivos status definidos como inelegíveis, de forma que todos,

¹⁸² Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/imprensa/noticias/tcu-determina-devolucao-do-auxilio-emergencial-da-covid-19-recebido-por-militares.htm>>. Acesso em: 18 ago. 2020.

¹⁸³ Disponível em: <<https://portal.tcu.gov.br/data/files/5E/31/A9/F2/BB41371055EB6E27E18818A8/018.851-2020-7-BD-%20Representacao%20irregularidades%20auxilio%20emergencial.pdf>> Acesso em 18 ago. 2020

então, ficaram impossibilitados de receber qualquer valor referente ao auxílio. Além disso, disponibilizou em sítio eletrônico, uma forma voluntária de restituição ao erário, gerando a expectativa, portanto que a devolução ocorresse regularmente tanto quanto fosse possível.

Por outro lado, o Ministério da Defesa alegou não ser de sua competência a fiscalização ou concessão do benefício cujo pagamento se dá de forma automática e que, em virtude disso, entendeu não ter ocorrido qualquer irregularidade por parte do órgão. Ainda assim, vinha adotando medidas necessárias, sem especificar quais, para a restituição dos valores indevidamente pagos, antes mesmo da decisão do TCU.

Ainda que pesem os posicionamentos de ambos os Ministérios, o Ministro-Relator compreendeu que as medidas adotadas para a contenção e reversão das irregularidades apontadas não se mostraram suficientemente eficazes para tanto, apontando, ainda, a necessidade de mobilização mais robusta relacionada aos militares.

Diante desta ressalva, trazida pelo Ministro, é possível identificar certo entroncamento na esfera administrativa, para além da burocracia própria da estrutura estatal, evidenciando, até mesmo a dificuldade, por parte dos gestores (representados na figura dos comandantes das organizações militares, geralmente oficiais-superiores) e dos próprios agentes públicos (subordinados na cadeia de comando da organização respectiva) de se absterem de fins políticos e ideológicos e se atentarem aos princípios basilares da Administração Pública, constitucionalmente previstos.

Deve ser ressaltado, portanto, que esse entroncamento, primeiramente analisado em ampla perspectiva, quando pensado a estrutura de Ministério, vai ser refletido e perpetuado, viciando toda a cadeia hierárquica vinculada a este, no sentido da verificação das peculiaridades de cunho penal militar, da ausência de medidas não só administrativas no âmbito das organizações militares, como também de caráter disciplinar diante do arcabouço legal castrense.

3. DA ANÁLISE PENAL E PENAL MILITAR.

Faz-se necessário entender a cinemática das fases pré-processual e processual que envolve um crime militar. A autoridade militar competente, na presença de uma conduta irregular, deve verificar se esta é tipificada como um

crime militar, de acordo com o CPM, ou apenas uma transgressão disciplinar, de acordo com o respectivo regulamento disciplinar¹⁸⁴.

Caso seja, a conduta, enquadrada como crime, deverá a autoridade militar competente instaurar um Inquérito Policial Militar (IPM), conforme expresso no art. 7º do Decreto-Lei nº 1.002 de 21 de outubro de 1969, conhecido como Código de Processo Penal Militar (CPPM). Senão, poderá a autoridade instaurar uma Sindicância, mirando maiores esclarecimentos sobre a contravenção. Se durante o transcorrer desta for verificado indício de crime, deverá ser instaurado o IPM.

Não há previsão legal para que sigam, simultaneamente, pela mesma conduta, uma investigação disciplinar e criminal, conforme expresso nos art. 9º do Regulamento Disciplinar da Marinha (RDM), art. 14, § 4º, do Regulamento Disciplinar do Exército (R-4) e art. 9º do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER).

No conflito normativo, sendo a conduta tipificada disciplinar e penalmente, prevalece a aplicação deste. Pode o Ministério Público Militar, a qualquer tempo, com base nas investigações realizadas, oferecer a denúncia e dar início à fase processual, mesmo que a regra seja ao final do IPM.

Feita essa breve abordagem, cumpre destacar que há duas possibilidades de enquadramento na solicitação irregular do benefício em questão. Primeira, se o militar adotou ativamente a conduta, figurando como agente solicitante, e a segunda se a solicitação foi feita no nome do militar, mas por terceiros.

No primeiro caso, o indivíduo não se enquadra no grupo em situação de vulnerabilidade social para fins de elegibilidade ao benefício. Assim, sua conduta seria enquadrada como crime de estelionato, se recebido o Auxílio Emergencial, ou crime de falsidade ideológica, se houver requisitado, mas não embolsado o valor.

No segundo caso, sendo o benefício pessoal e intransferível, a solicitação por terceiros caracteriza crime de falsidade ideológica, sendo que, no caso de consentimento do militar, esta pode ser enquadrada como crime de estelionato, caso solicitação tenha sido atendida, ou crime de falsidade ideológica, na negativa do pedido, caracterizando o concurso de agentes.

¹⁸⁴ Marinha do Brasil – Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983, conhecido como Regulamento Disciplinar da Marinha; Exército Brasileiro – Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002, conhecido como Regulamento Disciplinar do Exército; e Força Aérea Brasileira – Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975, conhecido como Regulamento Disciplinar da Aeronáutica.

Ambas as condutas são duplamente tipificadas, tanto no Código Penal (CP)¹⁸⁵, quanto Código Penal Militar (CPM)¹⁸⁶, como ulteriormente exposto.

Esclarecido os possíveis enquadramentos legais para as condutas ligadas aos recebimentos ilegais, é necessário, para prosseguimento no raciocínio jurídico e solucionar o conflito aparente de normas penais.

Assim, se mostra imperioso aplicar os “princípios solucionadores de conflito aparente de normas”, visando solucionar o caso em tela, afastando as normas incidentes e indicando as normas penais apropriadas à situação, objetivando a não ocorrência do *bis in idem*.

De acordo com Bitencourt (2020, p. 50), o Princípio da Especialidade (*Lex specialis derogat lex generalis*) se mostra essencial na resolução do choque normativo, já que “evita o bis in idem, determinando a prevalência da norma especial em comparação com a geral”. Dessa forma, se mostra indispensável destrinchar se as condutas em pauta podem ser tipificadas de acordo com a codificação castrense, devido à especialidade desta norma, ou não.

Para que haja o enquadramento da conduta de um indivíduo, seja ele militar ou civil, como crime militar, é necessário que se atendam alguns requisitos expressamente previstos no art. 9º do Decreto-Lei nº 1.001/69¹⁸⁷. Como é possível verificar no extrato do referido dispositivo, só se aplicará, em tempos de

¹⁸⁵ Estelionato Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

Falsidade ideológica Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular.

¹⁸⁶ Estelionato Art. 251. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena - reclusão, de dois a sete anos.

Falsidade ideológica Art. 312. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante, desde que o fato atente contra a administração ou o serviço militar:

Pena - reclusão, até cinco anos, se o documento é público; reclusão, até três anos, se o documento é particular.” (Código Penal Militar)

¹⁸⁷Crimes militares em tempo de paz

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

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

II - os crimes previstos neste Código e os previstos na legislação penal, quando praticados: (Redação dada pela Lei nº 13.491, de 2017)

paz, esta Codificação caso a tipificação seja distinta ou inovadora com relação à norma penal comum ou, nos casos de previsão, se atenderem os pré-requisitos do inciso II.

Uma vez que a solicitação do Auxílio Emergencial por militar ou terceiros em seu nome tem previsão semelhante em ambos os Códigos Penais e não é possível enquadrar, salvo raríssimas exceções, esta conduta nos critérios do inciso II, do art. 9º, do Código Penal Militar, não resta dúvida que se está na presença de conduta criminosa comum, cabendo aplicar o Código Penal.

Qualquer que seja a justificativa dos casos de cadastros voluntários no sítio ou aplicativo da Caixa Econômica Federal, com ou sem recebimento do benefício, a partir do mero cadastro, permanecem os indícios de cometimento de crime comum: dos crimes contra a Administração Pública, como estelionato e falsidade ideológica, sendo crimes de ação pública incondicionada. Logo, há o poder-dever da Administração Militar, na presença desses indícios, de encaminhar os fatos apurados para apreciação do Ministério Público Federal, titular da ação penal pública incondicionada.

Por outro lado, em nota de Esclarecimento Conjunta do Ministério da Defesa (MD) e do Ministério da Cidadania (MC), publicada em 12 de maio de 2020 no sítio eletrônico do Ministério da Defesa, evidencia o posicionamento do governo federal com relação aos fatos:¹⁸⁸

No momento, as Forças Armadas apuram individualmente cada caso. Os valores recebidos indevidamente serão restituídos. É importante ressaltar que: - desse universo, parte recebeu automaticamente por ter CPF registrado no Cadastro Único ou ser beneficiário do Bolsa Família; - entre os que solicitaram o auxílio, por meio do aplicativo ou do site da Caixa Econômica Federal, há pertencentes a famílias cuja renda mensal por pessoa não ultrapassa meio salário mínimo (R\$ 522,50), ou cuja renda familiar total é de até 3 (três) salários mínimos (R\$ 3.135,00) e que podem ter interpretado equivocadamente as regras de recebimento do benefício. Havendo indícios de práticas de atos ilícitos, os Ministérios da Defesa e da Cidadania adotarão todas as medidas cabíveis, mantendo sempre o compromisso com a transparência.

A instauração de Sindicância acaba sendo a única alternativa para uma possível elucidação dos fatos atrelados ao recebimento ilegal do benefício e garantia de defesa e contraditório antes de qualquer desconto em folha de

¹⁸⁸ Nota de Esclarecimento Conjunta do Ministério da Defesa e do Ministério da Cidadania, publicada em 12 de maio de 2020 no sítio eletrônico do Ministério da Defesa. Disponível em : <<https://www.gov.br/defesa/pt-br/assuntos/noticias/ultimas-noticias/nota-de-esclarecimento-22>> Acesso 26 ago 2020

pagamento do militar que não queira, voluntariamente, realizar a devolução dos valores percebidos indevidamente.

Entretanto, esse procedimento administrativo sumário não dá flexibilidade ao Encarregado da Sindicância de entender, de maneira ampla, os acontecimentos correlatos. O que se mostra coerente, uma vez que não é a sua missão precípua tal aprofundamento, mesmo sabendo que se torna necessária uma investigação mais específica para garantir que as circunstâncias conhecidas e provadas (cadastro, com ou sem recebimento) não apresentam indícios de cometimento de crime. Porém, não havendo tipificação criminal militar, não é possível a instauração de Inquérito Policial Militar (IPM).

Mesmo nos casos em que terceiros realizaram o pedido do benefício, é importante ressaltar que não deixam de existir indícios de crime contra a Administração Pública, na figura da União. Segundo o Código de Processo Penal, em seu artigo 239, “considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias.”

Frisa-se, ainda, a possibilidade de incidência quanto ao cadastro consciente de militares no CadÚnico com fins de recebimento indevido do auxílio emergencial.

Nesta seara, deve-se salientar a aplicação do princípio *do in dubio pro societate* para a propositura da ação penal, conforme entendimento do Superior Tribunal Militar no julgado¹⁸⁹ a seguir:

A propositura da ação penal exige tão somente a presença de indícios mínimos de autoria. Não é exigida certeza, que, a toda evidência, somente será comprovada ou afastada durante a instrução probatória. Prevalece, na fase de oferecimento da Denúncia, o princípio do *in dubio pro societate*. Apesar de o Acusado se defender dos fatos e não da tipificação exposta na Denúncia, o quadro fático enunciado na Peça Pórtico deve conter os elementos mínimos para que a ação penal ganhe corpo e seja recebida pelo Estado-Juiz, e este deve se ater a essa moldura inicial para deliberar acerca do recebimento ou da rejeição da Denúncia. Não soa consoante ao Sistema Acusatório perscrutar, analisar com absoluta profundidade, a tipificação apresentada pelo Parquet, afinal, nessa fase, requer-se somente a Justa Causa para o início da ação penal, ou seja, indícios de autoria e de prova de materialidade. Muito embora parcela da doutrina questione reserva legal do tipo constante do art. 320 do CPM, sob o aspecto da dimensão garantidora da *lex certa*, denota-se evidente que esse preceito

¹⁸⁹Disponível

em:

<https://eproc2g.stm.jus.br/eproc_2g_prod/jurisprudencia/html/documento.php?uuid=bd361276a51fcecdf39464759cd3f3cf5963f393e909340d0d6f47bcc660902d&options=%23page%3D1>
Acesso em 26 ago 2020

De forma generalizada, uma vez que pode haver exceções, o que é sabido inicialmente, de forma conhecida e provada, é que os militares tiveram seus nomes cadastrados (não podendo afirmar se este se deu pessoalmente ou por terceiros) e, dentre esses, alguns receberam o benefício.

E mesmo que tenha ocorrido errônea interpretação ou desconhecimento da lei, não cabe à Administração Militar, sem jurisdição para a fase pré-processual da persecução penal comum em questão, ponderar o elemento subjetivo do agente público militar, mas ao Juízo competente, durante a persecução penal, após oferecimento de denúncia pelo Ministério Público Federal.

4. DAS MEDIDAS CABÍVEIS A PARTIR DOS REGULAMENTOS DISCIPLINARES DAS FORÇAS ARMADAS SOB A LUZ DOS PRINCÍPIOS PERTINENTES À ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.

O primeiro ponto dessa discussão deve se atentar ao papel desempenhado pelas Forças Armadas quanto à segurança interna e externa, bem como sua íntima ligação com a formação do Estado.

Nesta esteira, sabendo que as Forças Armadas, nada mais são do que prestadoras de serviço de segurança estatal, são os militares, ao menos agentes públicos que desempenham serviços ao Estado já que, conforme leciona Maria Sylvia Zanella Di Pietro (2018, p. 81-82), serviço público é toda a atividade que a Administração Pública executa, direta ou indiretamente, para satisfazer à necessidade coletiva, sob regime jurídico predominantemente público. Abrange atividades que, por sua essencialidade ou relevância para a coletividade, foram assumidas pelo Estado com ou sem exclusividade.

Evidente, portanto, que as Forças Armadas integram a Administração Pública. Contudo, é comum a confusão e até mesmo negligência quando da formação dos militares no que se refere aos princípios do Direito Administrativo. Isso ocorre também devido às alterações constitucionais trazidas pela EC n.

18/1998, definindo quatro categorias de agentes públicos: agentes políticos; servidores públicos; militares; particulares em colaboração com o Poder Público.

Anteriormente à referida emenda constitucional, os militares eram tratados como “servidores militares” e a inovação parece criar uma categoria especial à parte, mas, em verdade, não há distinção entre servidores civis e militares frente ao Direito Administrativo, salvo o regime jurídico parcialmente diverso.

Logo, os servidores (ou agentes) públicos “em suma: são os que entretêm com o Estado e com as pessoas de Direito Público da Administração indireta relação de trabalho de natureza profissional e caráter não eventual sob vínculo de dependência” (BANDEIRA DE MELLO, 2010, p. 249).

Desta forma, não restam dúvidas que a categoria em análise deve se manter atrelada aos princípios basilares preconizados no artigo 37, *caput*¹⁹⁰, da Carta Constitucional em vigor e, indo além, também está sujeita às sanções administrativas (parágrafo 4º do mesmo artigo¹⁹¹), sem prejuízo da ação penal ou procedimentos disciplinares, quando da violação a tais princípios, portanto, incidindo na eventual hipótese de improbidade administrativas. É o que sintetiza Waldo Fazzio Júnior quando aduz que “a declaração constitucional, por si só, tem o condão de contagiar todos os seguimentos da ordem jurídica, coibindo, implicitamente, qualquer atividade que lhe seja contrária” (FAZZIO JÚNIOR, 2016, p. 79).

Contudo, diferentemente do regramento inerente aos servidores públicos civis que expressamente trata do ato de improbidade administrativa, além de obrigar a autoridade competente a instaurar o procedimento adequado para apuração de responsabilidade, o Estatuto dos Militares é genérico, mencionando a palavra “probidade” de forma ampla, nos artigos 28, II¹⁹² e 31, III¹⁹³.

¹⁹⁰ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

¹⁹¹ § 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

¹⁹² Art. 28. O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar: (...) II - exercer, com autoridade, eficiência e probidade, as funções que lhe couberem em decorrência do cargo.

¹⁹³ Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente: (...) III - a probidade e a lealdade em todas as circunstâncias; .

Diante ausência de especificidade normativa quanto à apuração e responsabilização, faz-se necessária uma leitura esmiuçada dos regulamentos disciplinares de cada força com a aplicação direta da Constituição Federal quando da violação dos princípios da Administração Pública.

Tratando da incidência clara de improbidade administrativa, detectada a partir da solicitação do auxílio emergencial, de forma voluntária, por parte dos militares que não só desempenham atividades no âmbito da Administração, como também a integram e a representam devendo à sociedade um comportamento ético e moral, pautado na boa-fé e probidade.

Sabendo que dentre as sanções previstas para os atos de improbidade está a de ressarcimento ao erário (art. 37 § 4º, CFRB/88¹⁹⁴) e que o Tribunal de Contas da União já determinou que sejam feitas as devidas devoluções, permanece a inquietação quanto à punição possível no âmbito disciplinar, ou seja, da conduta do militar improbo.

Tendo em vista que o mero ressarcimento nada mais é do que uma reparação aos cofres, uma defesa e manutenção do patrimônio público.

Diante deste impasse, feitas as considerações de natureza penal, partiremos à análise dos lacunosos regulamentos disciplinares das três Forças Armadas públicas nacionais¹⁹⁵, sendo possível notar tão logo o empenho e

¹⁹⁴ Vide nota 5.

¹⁹⁵ **Decreto Nº 76.322, de 22 de Setembro de 1975. (Regulamento Disciplinar da Aeronáutica)**

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.

Art. 9º No concurso de crime militar e transgressão disciplinar, ambos de idêntica natureza, será aplicada somente a penalidade relativa ao crime.

Parágrafo único. A transgressão disciplinar será apreciada para efeito de punição, quando da absolvição ou da rejeição da denúncia da Justiça. Art. 10. São transgressões disciplinares, quando não constituírem crime: Parágrafo único. São consideradas também, transgressões disciplinares as ações ou omissões 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.

Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002_ (Regulamento Disciplinar do Exército Brasileiro)

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. § 2º As responsabilidades nas esferas cível, criminal e administrativa são independentes entre si e podem ser apuradas concomitantemente. § 3º As responsabilidades cível e administrativa do militar serão afastadas no caso de absolvição criminal, com sentença transitada em julgado, que negue a existência do fato ou da sua autoria.

§ 4º No concurso de crime e transgressão disciplinar, quando forem da mesma natureza, esta é absorvida por aquele e aplica-se somente a pena relativa ao crime.

atenção para com normas unicamente voltadas à rotina da caserna ligadas ao militarismo, hierarquia e símbolos, refletindo pouca ou quase nenhuma relevância na atividade fim de todo e qualquer serviço público: o interesse da coletividade que deve ser prestado com máxima impessoalidade e eficiência possível.

Ainda que os regulamentos prevejam como transgressões as condutas que ofendam as normas sociais, morais e éticas ou do descumprimento do ordenamento jurídico pátrio, o legislador optou pela absorção das sanções disciplinares pela sanção penal militar. Entretanto, sabendo que a norma aplicada será o Código Penal e não o Penal Militar, frisa-se a possibilidade de apuração e punição disciplinar, nos limites dos regulamentos de cada Força.

Difícil se torna, entretanto, a aplicação do regulamento quando se opta por uma leitura culposa dos fatos, apoiada em expressões como “má interpretação dos requisitos legais”.

Com a devida verificação em cada caso, o que já exige profundo empenho por parte dos comandantes das organizações militares, e com o devido respeito ao contraditório e à ampla defesa, até mesmo a “conduta culposa”, diante do evidente cenário de irregularidades, deve ser rigorosamente apurada em se tratando de agentes públicos militares, sendo que na presente análise, a legislação quanto à percepção do auxílio emergencial é cristalina (vide art. 2º, § 5º da Lei 13.982/2020).

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo o exposto, não cabe principalmente ao Ministério da Defesa se eximir da responsabilidade da apuração dos fatos, nem com relação à análise interna de sua competência da esfera disciplinar, nem mesmo quanto ao possível encaminhamento destas ao Ministério Público Federal, na hipótese próxima de indícios de crime.

Decreto nº 88.545, de 26 de Julho de 1983. (Regulamento Disciplinar da Marinha)
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. Art. 7º – São contravenções disciplinares: Parágrafo único – São também consideradas contravenções disciplinares todas as omissões do dever militar não especificadas no presente artigo, desde que não qualificadas como crimes nas leis penais militares, cometidas contra preceitos de subordinação e regras de serviço estabelecidos nos diversos regulamentos militares e determinações das autoridades superiores competentes.

Independente da significativa ocupação de militares no alto escalão do Governo Federal, por conseguinte a aparente postura tendenciosa, inclusive por parte do Presidente da República¹⁹⁶, em diminuir a gravidade dos fatos visando à proteção e manutenção da confiança atribuída às Forças Armadas pela população, na qualidade de administradores, integrantes e representantes da Administração Pública, os comandantes das organizações militares devem agir em toda a amplitude dos valores morais baseados na hierarquia e disciplina que demandam ainda mais efetiva aplicação também na atividade administrativa, bem como proceder em estrita observância aos princípios e regramentos do ordenamento pátrio, não somente ao estatuto e regulamentos próprios.

Sendo assim, é possível notar o impacto do descumprimento de tais preceitos, segundo o entendimento firmado no Superior Tribunal Militar:

Ao deixar de cumprir leis, regulamentos ou instruções, o Comandante/Chefe/Diretor causa prejuízos que podem ultrapassar o dano patrimonial, pois se propagam, na OM, atitudes contrárias à hierarquia e à disciplina militares. (...). V - Eventual sanção disciplinar, ou mesmo a propositura de Ação de Improbidade Administrativa perante a Justiça Federal Comum, não afasta a possibilidade de reprimenda criminal, haja vista a independência das esferas administrativa, civil e penal. Apelo provido. Decisão majoritária. (STM, 2015)¹⁹⁷

Nesta mesma linha de inteligência, devem, sobretudo, atender ao princípio da publicidade, inclusive no tocante à exposição de quais as medidas efetivas e possíveis enquadramentos na esfera disciplinar em curso (nenhuma nota oficial sobre este ponto fora emitida até o fechamento deste artigo).

¹⁹⁶ Sua Excelência, o Presidente da República, em 13/05/2020, afirmou que o auxílio havia sido solicitado por “jovens do serviço obrigatório”. Na ocasião, aparentemente reduziu a importância da classe de recrutas ao afirmar: “não fala militares, não. É o praça prestador do serviço militar inicial”. Contudo, respeitosamente, do recruta ao oficial-general, o Estatuto prevê o mesmo senso de probidade e compromisso com a moralidade. Disponível em: <<https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/05/13/bolsonaro-diz-que-militares-que-receberam-auxilio-emergencial-sao-jovens-do-servico-obrigatorio.ghtml>> Acesso em 26 ago. 2020. Colidindo com a afirmação acima exposta, principalmente com a intenção de justificar as irregularidades pelo pouco tempo de caserna e, portanto, moral “flexível” dos recrutas, a apuração da CNN demonstra que “dos beneficiados a maioria são de baixa patente: soldados rasos, cabos, recrutas, grumetes, sargentos, 88% deles são do Exército (25,5 mil), e o restante da Marinha (1.314) e Aeronáutica (2.050). Mas entre eles há 38 tenentes e 41 aspirantes a oficial, com salário de até 24 mil reais”. Cabos, Sargentos e Tenentes não seriam militares? Disponível em: <<https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/06/13/28-mil-militares-nao-devolveram-o-auxilio-emergencial>> Acesso em: 26 ago. 2020.

¹⁹⁷ Relator: FERNANDO SÉRGIO GALVÃO Revisor: OLYMPIO PEREIRA DA SILVA JUNIOR Data de Autuação: 29/09/2014 Data de Julgamento: 12/05/2015. Disponível em: <<https://www2.stm.jus.br/pesquisa/acordao/2014/50/10020568/10020568.pdf>>. Acesso em 25 ago. 2020.

Tendo em vista, ainda, o prestígio moral das Forças Armadas, espera-se uma postura pautada na transparência quanto à resposta a ser dada para a sociedade brasileira que carrega não só profundas cicatrizes oriundas da Ditadura Militar no que se refere ao acesso e ampla divulgação de informações, mas também com o corporativismo de classes, visando a própria proteção, no âmbito da máquina pública.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 27. Ed. São Paulo: Malheiros, 2010;

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**. Vol. 1 – 26. ed. – São Paulo: Saraiva, 2020;

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 05 de outubro de 1988. Brasília, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 18 ago. 2020;

BRASIL. **Decreto nº 4.346, de 26 de agosto de 2002**. Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4346.htm>. Acesso em 22 ago. 2020;

BRASIL. **Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975**. Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D76322.htm>. Acesso em 22 ago. 2020;

BRASIL. **Decreto nº 88.545 de 23 de julho de 1983**. Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Atos/decretos/1983/D88545.html>. Acesso em 22 ago. 2020;

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969**. Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em 22 ago. 2020;

BRASIL. **Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969**. Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm>. Acesso em 22 ago. 2020;

BRASIL. **Lei nº 13.982 de 2 de abril de 2020**. Diário Oficial da União: Seção 1, Brasília, DF, p.1, abr. 2020;

BRASIL. **Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980**. Congresso Nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6880.htm>. Acesso em 22 ago. 2020;

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 31. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018;

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. **Improbidade administrativa: doutrina, legislação e jurisprudência**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016;

MEDEIROS, Sérgio Monteiro. Prescrição da ação de improbidade contra militar. **Boletim Científico ESMPU**, Brasília, Ano 10 – n. 36, p. 347-376 – Edição Especial. 2011.