

# **DIREITO PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL MILITAR**

**São Paulo, 2004**

**Ano 3 - Volume 6, nº 3, Julho/dezembro 2004**

**LOGO**  
**GOV. DO**  
**ESTADO**



**ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO  
PÚBLICO DE SÃO PAULO**

*Diretor*  
*Assessores*

Luís Daniel Pereira Cintra  
Edgard Moreira da Silva  
Maria Amélia Nardy Pereira  
Oswaldo Peregrina Rodrigues  
Parisina

*Coordenador Editorial*  
*Jornalista Responsável*  
*Capa*

Edgard Moreira da Silva  
Rosana Sanches (MTb 17.993)  
Luís Antônio Alves dos Santos

**LOGO DA**  
**IMESP**

**IMPrensa OFICIAL DO ESTADO DE SÃO PAULO**

*Diretor--presidente*  
*Diretor Vice-presidente*  
*Diretor Industrial*  
*Diretor financeiro e Administrativo*  
*Núcleo de Projetos institucionais*  
*Projetos Editoriais*

Hubert Alquéres  
Luiz Carlos Frigerio  
Teiji Tomioka  
Richard Vainberg  
Emerson Bento Pereira  
Vera Lúcia Wey

# DIREITO PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL MILITAR



LOGO DA  
IMESP

Ficha catalográfica elaborada pela  
Biblioteca da Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

---

Caderno Jurídico. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, 2001 -

Trimestral

Não circulou em 2003.

ISBN: 85-7060-206-5 (Imprensa Oficial do estado de São Paulo)

A partir de 2004 os fascículos serão numerados continuamente e recomeçam a cada novo volume

1. Direito - periódicos I. Escola Superior do Ministério Público. de São Paulo

---

Escola Superior do Ministério  
Público do Estado de São Paulo  
R. Minas Gerais, 316 - Higienópolis  
01244-010 - São Paulo - SP - Brasil  
Tel.: (0xx11) 3017-7776/3017-7777  
Fax: (0xx11) 3017-7754  
[www.mp.sp.gov.br/escolasuperior](http://www.mp.sp.gov.br/escolasuperior)  
e-mail: [esmp@mp.sp.gov.br](mailto:esmp@mp.sp.gov.br)

Imprensa Oficial do Estado de São Paulo  
R. da Mooca, 1.921 - Mooca  
03103-902 - São Paulo - SP - Brasil  
Tel. (0xx11) 6099-9800  
Fax.: (0xx11) 6699-9674  
[www.imprensaoficial.com.br](http://www.imprensaoficial.com.br)  
[livros@imprensaoficial.com.br](mailto:livros@imprensaoficial.com.br)  
SAC 0800-123401

# ÍNDICE

1. Apresentação.....	7
<i>Luís Daniel Pereira Cintra</i>	
2. Introdução.....	9
<i>Edgard Moreira da Silva</i>	
3. Participantes da obra.....	11
4. Sanção Administrativa Exclusiva na Organização Policial Militar - Visão Institucional .....	13
<i>Celso Carlos de Camargo</i>	
5. O Ministério Público na Investigação Criminal.....	23
<i>César Dario Mariano da Silva</i>	
6. Do Processo e do Julgamento na Justiça Militar em Primeiro Grau.....	31
<i>Enio Luiz Rossetto</i>	
7. Da perda do Posto e da Patente e da Graduação de Policiais Militares.....	45
<i>Evanir Ferreira Castilho</i>	
8. O Juiz Fardado nos Conselhos da Justiça Militar Estadual.....	59
<i>Jairo Paes de Lira</i>	
9. Crime Militar e Crime Comum - Conceitos e Diferenças.....	75
<i>Jorge César de Assis</i>	
10. Dos Conselhos de Justiça e dos Conselhos de Sentença.....	89
<i>José Álvaro Machado Marques</i>	
11. Crime Militar e Crime Comum - Aspectos Práticos.....	99
<i>Lauro Ribeiro Escobar Jr.</i>	

12. Da Execução da Pena na Justiça Militar Estadual.....	105
<i>Luiz Alberto Moro Cavalcante</i>	
13. Absolvição Criminal e Reintegração do Militar.....	111
<i>Paulo Tadeu Rodrigues Rosa</i>	
14. Da Perda do Posto e da Patente e da Graduação das Praças.....	117
<i>Pedro Falabella Tavares de Lima</i>	
15. Os Conselhos de Justiça e os Conselhos de Sentença.....	123
<i>Reinaldo Zynchan de Moraes</i>	
16. Polícia Judiciária Militar e Inquérito Policial Militar.....	129
<i>Gilberto Nonaka</i>	
17. Deserção: Aspectos Penais, Processuais e Administrativos.....	141
<i>Ronaldo João Roth</i>	
18. Apontamentos sobre a Demissão do Desertor.....	155
<i>Cícero Robson Coimbra Neves</i>	
19. Dos Crimes Dolosos contra a Vida Praticados por Policiais Militares.....	169
<i>Waldir Calciolari</i>	
20. Porte de Arma de Fogo Particular por Membros das Forças Armadas e por Policiais.....	185
<i>Luiz Fernando Vaggione</i>	
21. Teoria Geral do Ilícito Disciplina Militar: um Ensaio Analítico.....	189
<i>Cícero Robson Coimbra Neves</i>	
22. Aspectos da Justiça Militar Estadual em Segunda Instância.....	207
<i>Paulo Prazak</i>	
23. Do Inquérito Policial Militar e da Polícia Judiciário Militar.....	215
<i>Péricles Aurélio Lima de Queiroz</i>	

# APRESENTAÇÃO

O Seminário Direito Penal e Processual Penal Militar, promovido pela Escola Superior do Ministério Público em parceria com a Corregedoria da Polícia Militar de São Paulo, deu ensejo à publicação do Caderno Jurídico que ora apresentamos. O aludido seminário foi fruto de sugestão da Dra. Alexandra Milaré Toledo Santos, Promotora de Justiça em exercício na Promotoria de Justiça Militar, em São Paulo. A Escola encampou integralmente a idéia e o evento foi levado a efeito com enorme sucesso.

O interesse dos participantes pelo evento foi tão vultoso, que o público procurou a coordenação do seminário para obter material escrito relacionado às exposições realizadas, sob o argumento da escassez de doutrina sobre os temas abordados no seminário, ou mesmo, sua inexistência na literatura jurídica.

Em razão disso, com apoio do Dr. Ronaldo João Roth, Juiz Auditor da Justiça Militar do Estado de São Paulo, que também colaborou na programação do evento, a Escola conseguiu, junto aos palestrantes, obter a transcrição das exposições e proceder à sua compilação neste Caderno Jurídico.

Realmente, procedendo a uma breve incursão na literatura jurídica, constatamos a escassez de doutrina no âmbito do Direito Militar e Direito Administrativo Disciplinar Militar, fato que, aliado à ausência do ensino desse ramo do Direito atualmente nas Universidades brasileiras – o ensino do Direito Militar foi disciplina obrigatória no Brasil para o 5º ano do Curso de Direito, no período compreendido entre 1925 e 1930 -, realça a relevância da presente publicação. A isso somamos a situação de longevidade do Direito Militar no mundo – disciplinado desde o período romano -, e, no Brasil, ganhou contornos legislativos a partir da proclamação da República, com a edição do Código Penal da Armada, em 1891. A Justiça Militar recebeu disciplina constitucional a partir da Carta Magna de 1934 (art. 5º, XIX, alínea “I”). No âmbito Estadual, ela surgiu com Lei Federal nº 192, de 17.01.1936, ocasião em que as Polícias Militares passaram à condição de reservas do Exército brasileiro. Com isso, em São Paulo, a Justiça Militar foi criada pela Lei Estadual nº 2.856, de 08.01.1937 e oficialmente instalada em fevereiro do mesmo ano.

Portanto, é inegável a importância do Direito Militar e do Direito Administrativo Militar no cenáculo jurídico nacional, eis que disciplinando milhões de fatos e relações jurídicas no âmbito das Forças Armadas e das Polícias Militares em todo território brasileiro.

Em São Paulo, particularmente, esses ramos do Direito assumem vultosa importância, disciplinando relações jurídicas complexas no campo criminal e administrativo, pois o efetivo da Polícia Militar paulista supera o número de 95 (noventa e cinco) mil pessoas no serviço ativo, além de outro número significativo na inatividade e que também está sujeito ao Direito Militar e Administrativo Militar. Daí o interesse dos profissionais do Direito por esses ramos do Direito.

Com esta publicação, buscamos preencher parte da lacuna existente na literatura jurídica nacional, especialmente no Estado de São Paulo.

Nossos agradecimentos aos autores dos estudos que integram a presente publicação, cuja colaboração mostrou-se essencial para o sucesso do seminário promovido sobre a temática em questão e sem a qual este Caderno Jurídico não teria existência na literatura jurídica nacional.

Finalmente, esperando que a Escola Superior, mais uma vez, tenha cumprido seu mister e que a presente publicação tenha utilidade para o desempenho funcional dos membros do Parquet e dos demais profissionais do Direito, encerro essa singela apresentação, sem mais delongas,

agradecendo a todos aqueles que se dispuseram a colaborar, com seus trabalhos jurídicos, na edição do presente Caderno Jurídico e na expectativa de continuar merecendo a confiança dos colegas de Ministério Público, bem como de integrantes de outras carreiras jurídicas, na apresentação de críticas e na colaboração científica para o aperfeiçoamento das publicações mantidas pela Escola Superior do Ministério Público.

***Luís Daniel Pereira Cintra,***  
***procurador de Justiça,***  
***diretor da Escola Superior do Ministério Público***



# INTRODUÇÃO

O presente Caderno Jurídico constitui-se, basicamente, da reunião dos trabalhos temáticos expostos no Seminário Direito Penal e Processual Militar, realizado, na cidade de São Paulo, nos dias 30 e 31 de agosto de 2004, com a participação de oitocentas pessoas, aproximadamente.

O enorme interesse despertado pelo aludido seminário nos levou à compilação das respectivas palestras e sua publicação na presente obra, que, desde já, mostra-se útil àqueles que labutam na Justiça Castrense e na administração militar e policial militar.

Os temas abordados naquele seminário e ora publicados neste Caderno Jurídico são qualificados pelos seus aspectos práticos e da utilidade para todos os profissionais que militam na Justiça Castrense, no Tribunal do Júri com relação aos crimes dolosos contra a vida cometidos pelos policiais militares no exercício da função e com a legislação relativa à disciplina e à perda de cargos e de funções dos integrantes da Polícia Militar.

Os estudos percutientes desenvolvidos pelos autores dos trabalhos trazidos à colação na presente obra vêm preencher uma grande lacuna na doutrina jurídica, constituindo-se um bom caminho para os profissionais que atuam na Justiça Militar e nas causas cíveis envolvendo a disciplina militar e a demissão de policiais militares no Estado de São Paulo e no Brasil.

No exercício profissional forense, verificamos que é diminuto o número de advogados e procuradores que se dedicam a essa área do Direito, que acaba sendo preenchida, em número significativo, por profissionais oriundos da própria caserna. Portanto, o presente trabalho também visa despertar, nos profissionais do Direito, maior interesse para esse imenso e profícuo campo jurídico, de modo a ampliar os debates, os estudos e a fazer florescer uma doutrina mais densa nas matérias examinadas nos diversos artigos ora publicados.

O Direito Penal Militar e o Direito Processual Penal Militar constituem hipótese de Direito Especial – levam em consideração os sujeitos do delito e sua condição de militar (policial militar) -, cuja aplicação cabe ao órgão judiciário específico, no caso à Justiça Militar, tanto no âmbito federal como no estadual, consoante as regras constitucionais e as legislações pertinentes à matéria, razão pela qual se vale do princípio da especialidade, tomando-se como paradigma o disposto no art. 9º do Código Penal Militar, e somente aplicando-se o Direito Criminal comum de forma subsidiária.

Ao lado desse Direito Criminal Especial, também encontramos um verdadeiro “Direito Administrativo Disciplinar Militar”, principalmente no que tange à disciplina militar; ao acesso aos postos e às graduações; à perda do cargo público – perda da patente, da demissão e da expulsão -, às sanções administrativas; à aquisição e porte de armas de fogo particular, e outras peculiaridades próprias das atividades desenvolvidas pelos militares das forças armadas e pelos policiais militares.

Em vista dos princípios da hierarquia e da disciplina próprios das organizações militares, o Direito Penal Militar, o Direito Processual Penal Militar e o Direito Administrativo Disciplinar Militar devem se balizar por regras especiais e mediante controle de uma justiça especializada, como, aliás, reconhecido em todo o mundo civilizado há séculos, mesmo em tempos de paz, e de forma natural no âmbito da democracia e de governos legitimados pelo sufrágio popular.

Diante da escassa literatura do Direito Castrense e da ausência do ensino do Direito Criminal e Disciplinar Militar nas Universidades e Faculdades de Direito, o presente Caderno Jurídico ganha enorme vulto, alcançando um acme na doutrina jurídica, particularmente em virtude de sua amplitude e abordagem multidisciplinar, o que possibilita acesso a todos com esses ramos do Direito.

O presente trabalho aborda a temática da conceituação do crime militar e sua distinção com o crime comum; da competência e organização básica da Justiça Militar Estadual, do processo e do julgamento no âmbito da Justiça Militar; da execução da pena perante a Justiça Militar Estadual em São Paulo; da atuação do Ministério Público na investigação de crimes militares; da Polícia Militar Judiciária e do Inquérito Policial Militar; da perda da patente e da graduação de policiais militares; da deserção; da sanção administrativa exclusiva nas Polícias Militares; da teoria da punição disciplinar e da relevância para preservação das instituições policiais militares, dentre outros assuntos de grande interesse para os profissionais que lidam ou que querem desenvolver atividade no campo do Direito Criminal Militar e do Direito Administrativo Disciplinar Militar.

10

Por fim, queremos realçar que a publicação do presente Caderno Jurídico, trazendo a lume o conteúdo doutrinário objeto do Seminário Direito Penal e Processual Penal Militar, não decorreu somente do efetivo interesse evidenciado pelos participantes daquele evento, ávidos da obtenção de material escrito relativo às exposições realizadas no evento, mas, igualmente, na busca de preencher uma lacuna existente na doutrina jurídica, pois o estudo da matéria aqui tratada encontrava-se examinada de forma fragmentada em revistas especializadas, de acesso restrito e desprovida de sistematização.

Numa obra única, os trabalhos nela inseridos estudam e discutem, sob diferentes matizes, temas de Direito Penal Militar, Processual Penal Militar, Administrativo e Disciplinar Militar que se devem inter-relacionar e dentro de uma visão jurídica específica.

Assim, a Escola Superior do Ministério Público, na busca de preencher uma lacuna na doutrina jurídica, procura levar aos membros do Parquet paulista e aos demais operadores do direito essa coletânea de estudos sobre o Direito Castrense e o Direito Administrativo Disciplinar Militar.

***Edgard Moreira da Silva,***  
***promotor de Justiça,***  
***assessor na Escola Superior do Ministério Público de São Paulo***

# PARTICIPANTES DA OBRA

**Celso Carlos de Camargo**, Cel PM, secretário-chefe da Casa Militar.

**César Dario Mariano da Silva**, 8º promotor de Justiça do II Tribunal do Júri.

**Cícero Robson Coimbra Neves**, 1º Ten PM servindo na Corregedoria da Polícia Militar de São Paulo, bacharel em Direito pela FMU, pós-graduando em Direito Penal pela ESMP, prof. de Direito Penal Militar da Academia de Polícia Militar do Barro Branco e de Direito Penal Militar Aplicado no Curso de Especialização de Oficiais em Polícia Judiciária Militar na Corregedoria da PM.

**Enio Luiz Rossetto**, juiz auditor JME/SP, mestre pela USP, professor de Direito Penal na UNIFMU e UNIFIEO.

**Evanir Ferreira Castilho**, juiz civil do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo.

**Jairo Paes de Lira**, coronel de Polícia Militar, comandante do Policiamento Metropolitano.

**Jorge César de Assis**, membro do Ministério Público da União, promotor da Justiça Militar em Santa Maria / RS.

**José Álvaro Machado Marques**, juiz auditor da 4ª Auditoria Militar do Estado de São Paulo.

**Lauro Ribeiro Escobar Jr.**, juiz auditor da 2ª auditoria Militar de São Paulo.

**Luiz Alberto Moro Cavalcante**, juiz auditor das Execuções Criminais da Justiça Militar do Estado de São Paulo.

**Luiz Fernando Vaggione**, promotor de Justiça e professor de Legislação Penal Especial e Prática de Processo Penal do Complexo Jurídico Damásio de Jesus.

**Paulo Prazak**, juiz presidente do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo.

**Paulo Tadeu Rodrigues Rosa**, juiz auditor substituto respondendo pela titularidade da 2ª AJME/MG, prof. de IED na Academia de Polícia Militar de Minas Gerais, mestre em Direito pela UNESP, membro titular da Academia Mineira de Direito Militar, Academia Ribeirãopretana de Letras Jurídicas, parceiro-assessor da Academia de Letras João Guimarães Rosa da PMMG.

**Pedro Falabella Tavares de Lima**, procurador de Justiça.

**Péricles Aurélio Lima de Queiroz**, subprocurador-geral da Justiça Militar.

**Reinaldo Zynchan de Moraes**, CAP PM - Corregedoria da Polícia Militar.

**Gilberto Nonaka**, promotor de Justiça Militar, em exercício na Promotoria de Justiça do Consumidor de São Paulo.

**Ronaldo João Roth**, juiz auditor da 1ª Auditoria Militar de São Paulo.

**Waldir Calciolari**, juiz de Direito da 1ª Vara do Júri da Comarca de São Paulo.



**SANÇÃO ADMINISTRATIVA  
EXCLUSIVA NA ORGANIZAÇÃO  
POLICIAL MILITAR  
– VISÃO INSTITUCIONAL**

***Celso Carlos de Camargo***



# SANÇÃO ADMINISTRATIVA EXCLUSIVA NA ORGANIZAÇÃO POLICIAL MILITAR – VISÃO INSTITUCIONAL

*Celso Carlos de Camargo*

**SUMÁRIO:** 1 - Considerações preliminares. 2 - Militares estaduais. 3 - Instrumentos Administrativos sancionatórios. 4 - Competência para aplicação das sanções administrativas exclusivas. 5 - Da inadmissibilidade de recurso administrativo. 6 - Dos recursos possíveis. 7 - Conclusão.

## 1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

A depuração dos quadros de uma instituição é uma opção importante como objetivo estratégico-político além de ser, por óbvio, dever legal de um administrador público comprometido com a gestão de qualidade e com os princípios constitucionais da Administração Pública.

O Governo do Estado e o Comando da Instituição Polícia Militar não tem poupado esforços para que esta premissa seja uma bandeira desfraldada a frente de todos os acontecimentos, pois em paralelo ao sucesso do produto operacional, segurança da comunidade, deve acompanhar a credibilidade institucional.

Os órgãos públicos constituídos, os entes institucionais privados e cada um da população que more ou visite este Estado deverão sentir a sensação de que os profissionais de polícia desta Terra estão bem treinados para operação de segurança pública e combate a criminalidade, contudo, sabem que existe a certeza de que sobre suas cabeças está também direcionada a espada da forte legislação que censurará seus atos indignos.

## 2. MILITARES ESTADUAIS

A Constituição Federal deixou de referir-se aos Policiais Militares como Servidores Públicos Militares para caracterizá-los como Militares dos Estados. Esta denominação que os diferencia sobremaneira, conferem-lhes direitos, deveres, prerrogativas e garantias diferenciadas de outros agentes públicos. Outorga aos Militares Estaduais idêntico tratamento dado aos Militares Federais, aplicando-se-lhes os mesmos artigos constitucionais e especialmente prevendo Lei Estadual específica para dispor sobre o ingresso na Polícia Militar, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência para inatividade.

A Carta Magna refere-se aos Militares dos Estados na seguinte conformidade:

***“DOS MILITARES DOS ESTADOS, DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS”***

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

*“§ 1º Aplicam-se aos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, além do que vier a ser fixado em lei, as disposições do art. 14, § 8º; do art. 40, § 9º; e do art. 142, §§ 2º e 3º, cabendo a lei estadual específica dispor sobre as matérias do art. 142, § 3º, inciso X, sendo as patentes dos oficiais conferidas pelos respectivos governadores.”*

*§ 2º Aos pensionistas dos militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios aplica-se o que for fixado em lei específica do respectivo ente estatal.*

O Decreto-lei Estadual nº 260/70, que dispõe sobre a inatividade dos componentes da Polícia Militar do Estado de São Paulo assim se expressa em seus incisos e artigo abaixo transcritos:

*“Art. 3.º - O policial-militar passa à situação de inatividade mediante:*

*(...)*

*V - demissão;*

*VI - expulsão.*

### 3. INSTRUMENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATÓRIOS

Objetivamos restringir nossos comentários às punições exclusivas da Organização Policial Militar, por serem penas capitais disciplinares e sustentáculos de um processo depuratório fundamental, cabendo realçar que, com a extinção dos recursos com efeito suspensivo, conhecida como “via rápida”, tornou-as ferramentas modelares com importantes reflexos no país.

A Lei Complementar nº 893, de 09 de março de 2001, que instituiu o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar, em seu art 14, elenca as sanções administrativas disciplinares, dispondo:

*“Artigo 14 - As sanções disciplinares aplicáveis aos militares do Estado, independentemente do posto, graduação ou função que ocupem, são:*

*I - advertência;*

*II - repreensão;*

*III - permanência disciplinar;*

*IV - detenção;*

*V - reforma administrativa disciplinar;*

*VI - demissão;*

*VII - expulsão;*

*VIII - proibição do uso do uniforme.*

Mister se faz, novamente ressaltar que das sanções administrativas supra elencadas, enfocaremos especialmente a demissão e a expulsão.



A demissão é o ato administrativo que exclui os Militares Estaduais da Instituição Polícia Militar e pode ser imposta tanto aos Oficiais como às Praças.

*Artigo 23 - A demissão será aplicada ao militar do Estado na seguinte forma:*

*I - ao oficial quando:*

*a) for condenado a pena restritiva de liberdade superior a 2 (dois) anos, por sentença passada em julgado;*

*b) for condenado a pena de perda da função pública, por sentença passada em julgado;*

*c) for considerado moral ou profissionalmente inidôneo para a promoção ou revelar incompatibilidade para o exercício da função policial-militar, por sentença passada em julgado no tribunal competente;*

Na parte que tange a sanção demissória de Oficial, há previsão de um processo regular denominado Conselho de Justificação iniciado no Poder Executivo, através de Portaria do Secretário da Segurança Pública, que após concluído, é encaminhado à Justiça Militar Estadual, a quem cabe por disposições Constitucionais Federal e Estadual, o julgamento final visando possível constatação de indignidade ou incompatibilidade com o Oficialato. Com o acórdão prolatado, se condenatório, retorna o processo ao Poder Executivo para a formalização da demissão, por ato do Governador do Estado.

Estas normas constitucionais estão dispostas nas respectivas cartas políticas, nos incisos VI e VII do Artigo 142 da Constituição Federal, bem como no artigo 138, §4º e §5º da Constituição Estadual Paulista, “*in verbis*”:

*Art. 142. As Forças Armadas, ....*

*(...)*

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

*(...)*

*VI - o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra;*

*VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior;*

*ARTIGO 138 - São servidores públicos militares estaduais os integrantes da Polícia Militar do Estado.*

*(...)*

*§ 4º - O oficial da Polícia Militar só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do Oficialato ou com ele incompatível, por decisão do Tribunal de Justiça Militar do Estado.*

*§ 5º - O oficial condenado na Justiça comum ou militar à pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no parágrafo anterior.*

A pena demissória reservada às praças da Polícia Militar apresentam duas características interessantes extraídas do próprio texto legal, vez que prevê sua apuração e comprovação através de processo regular em alguns casos e aplicação “ex officio” em outras situações.

A demissão “ex officio” ocorre quando o comportamento infracional analisado já fora objeto de um processo penal anterior, com sentença transitada em julgado, onde evidentemente, foram exercitados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

A regra anotada vêm insculpida da seguinte forma:

Artigo 23 - A demissão será aplicada ao militar do Estado na seguinte forma:

(...)

II - à praça quando:

- a. for condenada, por sentença passada em julgado, a pena restritiva de liberdade por tempo superior a 2 (dois) anos;
- b. for condenada, por sentença passada em julgado, a pena de perda da função pública;
- c. praticar ato ou atos que revelem incompatibilidade com a função policial-militar, comprovado mediante processo regular;
- d. cometer transgressão disciplinar grave, estando há mais de 2 (dois) anos consecutivos ou 4 (quatro) anos alternados no mau comportamento, apurado mediante processo regular;
- e. houver cumprido a pena conseqüente do crime de deserção;
- f. considerada desertora e capturada ou apresentada, tendo sido submetida a exame de saúde, for julgada incapaz definitivamente para o serviço policial-militar.

A outra modalidade de penalidade exclusiva trata-se da expulsão e será empregada após apuração do comportamento inadequado do militar, através de processo regular, e reporta-se exclusivamente às praças policiais militares.

Esta sanção não se destina aos Oficiais, em razão do descrito nas normas disciplinares transcritas a seguir:

*“Art. 24. A expulsão será aplicada, mediante processo regular, à praça que atentar contra a segurança das instituições nacionais ou praticar atos desonrosos ou ofensivos ao decoro profissional”.*

*“Artigo 48 - A expulsão será aplicada, em regra, quando a praça policial-militar, independentemente da graduação ou função que ocupe, for condenado judicialmente por crime que também constitua infração disciplinar grave e que denote incapacidade moral para a continuidade do exercício de suas funções”.*

#### 4. COMPETÊNCIA PARA APLICAÇÃO DAS SANÇÕES ADMINISTRATIVAS EXCLUSIVAS

Como é cediço, a competência para julgamento e aplicação das penalidades disciplinares são ligadas compulsoriamente ao cargo, função ou posto das autoridades, tanto que o legislador complementar não só elencou quem possui estas atribuições, como também limitou-as, descrevendo os tipos de sanções administrativas, sua dosimetria e apresentou os subordinados que poderão ser sujeitos passivos das medidas repressivas disciplinares.

O Estatuto Disciplinar Militar Estadual Paulista evidencia os seguintes artigos que melhor elucidarão a temática acima discutida:

*“Artigo 31 - A competência disciplinar é inerente ao cargo, função ou posto, sendo autoridades competentes para aplicar sanção disciplinar”:*  
*I - o Governador do Estado: a todos os militares do Estado sujeitos a este Regulamento;*

***II - o Secretário da Segurança Pública e o Comandante Geral: a todos os militares do Estado sujeitos a este Regulamento, exceto ao Chefe da Casa Militar;***

*(...).*

*“Artigo 32 - O Governador do Estado é competente para aplicar todas as sanções disciplinares previstas neste Regulamento, cabendo às demais autoridades as seguintes competências”:*

***I - ao Secretário da Segurança Pública e ao Comandante Geral: todas as sanções disciplinares exceto a demissão de oficiais;***

*(...).*

Claro fica que compete ao Governador do Estado infligir todas as modalidades administrativas de penalidades disciplinares previstas aos militares estaduais sujeitos ao Regulamento em comento. Ao Secretário de Segurança Pública e ao Comandante Geral, outrossim, cabe a aplicação de todas sanções disciplinares, em especial a demissão e expulsão, com exceção ao instituto repressivo demissório para oficiais.

O Comandante Geral da Polícia Militar em virtude de ser a primeira autoridade competente a julgar a transgressão disciplinar, passível de sanção administrativa exclusiva cometida por Praça PM, aplica-a nos estritos termos da legislação pertinente, reforçando assim, os princípios basilares da hierarquia e disciplina e sua autoridade interna.

#### 5. DA INADMISSIBILIDADE DE RECURSO ADMINISTRATIVO

Da decisão final do Comandante Geral nos processos regulares e administrativos disciplinares que objetivam a demissão ou expulsão de Praças, não cabem recursos administrativos pré - estabelecidos, nem os previstos para outras sanções disciplinares, como a reconsideração de ato e o recurso hierárquico.

O legislador complementar na Lei nº 893/01 aponta uma única exceção prevista na Constituição Estadual Paulista que aproveita o militar estadual demitido por ato administrativo, todavia absolvido na justiça, após ter sido acusado pelo mesmo comportamento infracional, ou seja, dupla apenação pelo mesmo fato.

Esta previsão legal, com redação dada pela Lei Complementar nº 915/02, esta consubstanciada nos seguintes termos:

*“Artigo 83 - Recebidos os autos, o Comandante Geral, dentro do prazo de 45 (quarenta e cinco) dias, fundamentado seu despacho, emitirá a decisão final, da qual não caberá recurso, salvo na hipótese do que dispõe o § 3º do artigo 138 da Constituição do Estado.”;*

*II - o parágrafo único do artigo 84:*

*“Artigo 84 - .....*

*Parágrafo único - Recebido o processo, o Comandante Geral emitirá a decisão final, da qual não caberá recurso, salvo na hipótese do que dispõe o § 3º do artigo 138 da Constituição do Estado.”*

## 6. DOS RECURSOS POSSÍVEIS

O ato administrativo exclusivo poderá ser contestado pelo militar, requerendo um pronunciamento da autoridade que o excluiu, por meio de um simples pedido de reconsideração, exercitando, destarte, o seu direito de petição, entretanto, sem o efeito suspensivo.

Outra hipótese, no entanto, resta ao militar que se considera lesado em seu direito de recurso, vez que o interessado poderá socorrer-se da via judicial para a reparação de eventual ilegalidade patenteadas na decisão final do ato administrativo exclusivo.

20 Idealizando ver reconhecida a inconstitucionalidade da não previsão de recursos no Código Disciplinar, vários defensores sustentam a tese de que estaria sendo violado o duplo grau de jurisdição.

A visão institucional de que o ato administrativo capital assinado pelo seu Dirigente Maior, decisão irrecurável no âmbito administrativo, que reforça o princípio da hierarquia militar, já encontra eco nos entendimentos de magistrados e tribunais, principalmente, na questão do tema do duplo grau de jurisdição administrativa, como afirma a douta Juíza de Direito - Isabel Cristina Almada, em sentença proferida em 6 de agosto de 2003:

*“Melhor analisando a hipótese, contudo, verifico que a assertiva contém um sofisma. Porque, efetivamente, não se pode afirmar que o duplo grau de jurisdição se tenha erigido em garantia pela Constituição Federal-que em nenhum momento de seus dispositivos assegura a jurisdicionalização do processo administrativo.*

*Nem mesmo nos processos judiciais, aliás, se tem garantido indistintamente o direito de recurso, sendo exemplificativos dessa conclusão o artigo 504, do Código de Processo Civil – que veda recursos de despachos – e o artigo 34 da Lei 6.830/80 – que suprime a possibilidade de apelação nas execuções fiscais de valor inferior a 50 OTNs.*

*E isso, porque o devido processo legal visa a garantir o direito de defesa, que inclui o exercício do contraditório e dos recursos a ele inerentes ( art. 5º. LV, CF), mas em nenhum momento significa assegurar que todas as decisões proferidas num processo – judicial*

*ou administrativo – sejam passíveis de revisão.*

*E em não se tendo erigido em garantia, o princípio – do duplo grau de jurisdição – deve ser cotejado com outros princípios de predominância indiscutível na espécie, dentre os quais emerge o da hierarquia que, nas hostes militares, constitui um dos pilares da corporação. Impor-se um efeito suspensivo a uma decisão proferida pela autoridade máxima da Instituição militar, portanto redundaria em inadmissível desautorização de seu comando.”*

Finalmente, prosseguindo seu julgamento, traz a colação o entendimento adotado pelo culto Ministro Sepúlveda Pertence:

*“Poderia a lei ter tornado definitiva, na órbita administrativa, imposição de multa após o exercício da defesa ou a oportunidade de fazê-lo? A mim me parece que sim, por mais que releia a Constituição. (A não ser que se dê à expressão ‘e recursos a ela inerentes’ constantes do artigo 5º, LV, significado de que qualquer decisão judicial ou administrativa há de ser suscetível de tantos recursos quanto a imaginação do interessado conseguir criar). A não ser assim, parece-me claro que não há imperativo algum em dar-se sucessivas instâncias, na órbita administrativa, à defesa ou à tentativa de desconstituição de uma punição administrativa, cuja imposição a lei fez preceder do exercício de defesa” (Rextr 210.246-GO, Relator MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - RTJ 172/982).*

21

## 7. CONCLUSÃO

Antes da redação dada pela Lei Complementar nº 915, de 22 de março de 2002, vigia um verdadeiro caos administrativo na Instituição, porquanto as demissões e expulsões, não surtiam o efeito desejado pela Administração, que seria o imediato afastamento do mau policial militar das lides da Segurança Pública, face os recursos serem dotados do benefício do efeito suspensivo. Este instituto possibilitava, em virtude da excessiva carga recursal, que o mau profissional prosseguisse trabalhando, por vezes sozinho, podendo prejudicar a sociedade, caso aproveitasse negativamente da farda nos seus últimos momentos na carreira.

Dessa forma, consagrada a “via rápida”, tão logo publicada a decisão capital, o infrator é colocado em disponibilidade, não mais pertencendo ao efetivo, sendo repellido das atividades de Segurança Pública, ficando inibido de práticas irregulares.

Finalizando, necessário se faz evidenciar que a “via rápida” robusteceu a hierarquia militar, fortaleceu a autoconfiança dos bons profissionais de segurança pública, bem como, certamente elevou a confiabilidade da sociedade nos serviços prestados pela Polícia Militar.

**Celso Carlos de Camargo,**

**Cel PM, secretário-chefe da Casa Militar**



**O MINISTÉRIO PÚBLICO  
NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL**

***César Dario Mariano da Silva***





# O MINISTÉRIO PÚBLICO NA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL

*César Dario Mariano da Silva*

Muito se tem discutido sobre a possibilidade de o Ministério Público proceder investigações criminais diretamente, sem a interferência da Polícia Judiciária.

Como já era esperado, algumas Instituições e Institutos colocaram-se contra a possibilidade de o Promotor de Justiça colher a prova diretamente na fase indiciária sem se valer do aparelho policial.

As pessoas que entendem que o Ministério Público não pode validamente investigar apresentam vários argumentos aparentemente sedutores, mas que pecam em sua origem e não resistem a uma interpretação sistemática de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais.

O argumento mais fortemente utilizado é que o art. 144, § 1º, incisos I e IV, e § 4º da Constituição Federal atribuiu de forma expressa às polícias federal e civil a prerrogativa de apurar as infrações penais, exceto as militares, não podendo o Ministério Público imiscuir-se em uma função que não é sua. De acordo com esse posicionamento, a Constituição Federal, acolhendo o sistema acusatório de processo, incumbiu à polícia judiciária, de forma exclusiva, a função de proceder a apuração das infrações penais, ressalvadas as de competência da Justiça Militar, sendo que não cabe ao Órgão acusador invadir seara alheia.

Outro argumento empregado é que a competência para promover privativamente a ação penal pública não engloba a investigação criminal, sendo que essas funções, embora interligadas, seriam diversas e de atribuição de órgãos diferentes, não se aplicando a lógica dos poderes implícitos, de quem pode o mais (oferecer a denúncia), pode o menos (investigar e colher provas para o oferecimento da denúncia). Assim, quando a Constituição Federal atribuiu o poder de requisição ao Ministério Público (art. 129, VI) o seria apenas nos procedimentos administrativos cíveis de sua competência, quais sejam, inquéritos civis públicos e outros do gênero, não estando englobados procedimentos criminais de qualquer ordem. Além do mais, a atribuição do Ministério Público se limitaria a requisitar a instauração do inquérito policial e diligências complementares a este (art. 129, VIII, da CF), que deveriam ser cumpridas pela Autoridade Policial.

Além desses argumentos técnicos somam-se outros de ordem política.

O primeiro deles é que não seria aconselhável concentrar esses poderes (investigar e propor a ação penal) em um único órgão, que é passível de abusos e sujeito a caprichos pessoais.

O segundo é que essa concentração de poderes pode levar o Órgão Ministerial a não agir com a necessária isenção, já que a prova seria colhida por ele mesmo, impedindo, assim, a impessoalidade quando da formação da “opinio delicti”.

Por último, o Ministério Público pode, por meio de requisição de diligências complementares, suprir as deficiências do inquérito policial, não havendo necessidade de colher as provas diretamente.

Analisando os argumentos acima poder-se-ia propugnar pela impossibilidade jurídica de o Ministério Público, antes de propor a ação penal, colher provas diretamente sem o auxílio da Polícia Judiciária, seja no âmbito Federal ou no Estadual.

Cumpramos, portanto, analisar as razões de ordem técnica e política que autorizam o Ministério Público a proceder investigações criminais.

O Constituinte de 1.988 criou uma séria de atribuições para o Ministério Público e dotou-lhe de vários instrumentos para que essas novas funções pudessem ser exercidas.

O art. 129, I, da Magna Carta deixou claro que o Ministério Público é o titular da ação penal pública, que somente poderá ser substituído pelo particular, quando houver inércia do Órgão Ministerial, no caso da ação privada subsidiária da pública (art. 5º LIX da CF, e art. 100, § 3º do CP).

Visando propiciar a correta apuração de fatos de relevante interesse público, tanto na esfera civil quanto na penal, já que não é feita qualquer distinção sobre isso, o art. 129, VI, da Constituição Federal dispõe que é função institucional do Ministério Público expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí-los, na forma da Lei Complementar respectiva. Assim, como a própria Constituição Federal conferiu o poder de requisição ao Ministério Público nos procedimentos administrativos de sua competência, o que foi regulamentado por sua Lei Orgânica Nacional – Lei Complementar 8.625/93 (art. 26, I, “b”, e II),<sup>1</sup> perfeitamente possível a requisição de qualquer tipo de informações sem a necessidade de autorização judicial. Aliás, a Lei Complementar nº 75, de 20.5.1993, que dispõe sobre a organização, atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, prevê no art. 8º, § 2º, que nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido. Diz, ainda, a Lei nº 8.625/93, em seu artigo 80, que as normas da Lei Orgânica do Ministério Público da União serão aplicadas subsidiariamente aos Ministérios Públicos dos Estados, o que deixa claro que os Promotores de Justiça dos Estados também podem requisitar dados necessários para instruir procedimento cível ou criminal de sua atribuição, devendo manter em sigilo os dados obtidos.

Complementando o poder de requisição, o art. 129, VIII, da Constituição Federal dispõe que é função institucional do Ministério Público a requisição de diligências investigatórias e do inquérito policial. Como diligências investigatórias devem ser entendidas, dentre outras, a oitiva de testemunhas e da pessoa investigada, e não apenas a requisição de diligências à Autoridade Policial. Se a intenção do Constituinte fosse a de limitar esses poderes de investigação à instauração do inquérito policial o

1 A Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, no art. 26, I, “b”, e II, permite ao Promotor de Justiça requisitar informações, exames periciais e documentos de autoridades federais, estaduais e municipais, bem como dos órgãos e entidades da administração direta, indireta ou fundacional, de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e também requisitar informações e documentos a entidades privadas, para instruir procedimentos ou processo em que oficie.

teria dito. Mas não, o Constituinte quis que o Ministério Público pudesse agir com independência na defesa do Estado de Direito e da estrita legalidade, não limitando sua atuação à requisição de diligências dentro do inquérito policial. Assim, os limites de atuação do Ministério Público vêm traçados pela própria Constituição e legislação.

Aliás, o Superior Tribunal de Justiça, decidindo sobre a possibilidade de o Promotor de Justiça que procede investigações criminais oferecer denúncia, editou a Súmula nº 234, que diz:

“A participação do membro do Ministério Público na fase investigatória criminal não acarreta o seu impedimento ou suspeição para o oferecimento da denúncia”.

Recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, analisando os poderes de investigação do Ministério Público, assim concluiu:

*“... A celeuma reside num único fato: pode o Ministério Público proceder as investigações para apurar fatos, tidos como delituosos, que chegaram ao conhecimento da instituição sem acionar a polícia judiciária?*

*O Superior Tribunal de Justiça respondeu afirmativamente a essa indagação através da Súmula de nº 234 e das decisões que apoiaram a promulgação da mesma. Outra não podia ser a conclusão desse E. Tribunal.*

*O Ministério Público é o dominus litis. Compete-lhe promover, privativamente, a ação penal, na forma da lei (art. 129, I, da CF). Ele, para exercer essa função exclusiva, não pode ficar à mercê de investigações policiais. Se o Ministério Público pode o mais que é oferecer denúncia, ele pode, também, o menos que é proceder a investigações para apurar os fatos que serão alicerce de futura denúncia pela prática de um crime.*

*O inciso VIII do art. 129 da Constituição Federal dispõe que, entre outras funções, o Ministério Público pode requisitar diligências investigatórias e instauração de inquérito policial. Entre as diligências investigatórias estão inseridas as oitivas de testemunhas ou mesmo de acusados”.<sup>2</sup>*

Destarte, como o Ministério Público é o titular da ação penal pública, estando dotado dos poderes de requisição de documentos, de perícias, de oitiva de testemunhas e de interrogatórios de suspeitos, pode validamente investigar quando o interesse público o exigir.

E no que consiste esse interesse público?

Essa é uma indagação que os críticos dos poderes de investigação do Ministério Público fazem. E é bem simples de ser respondida. Quando o Promotor de Justiça visualizar pela situação concreta que a investigação policial não será feita a contento

<sup>2</sup> HC nº 379.299-3/4-00, Rel. Almeida Braga, 2ª C. Criminal, 17.06.2002.

ou que não está sendo bem conduzida, como destinatário final das provas produzidas, pode e deve validamente investigar a fim de conseguir êxito na ação penal a ser proposta. O Promotor de Justiça não deve ficar inerte e aguardar o término de investigações quando antevê que elas não serão bem sucedidas pelos mais variados motivos, como desídia dos órgãos policiais, possível envolvimento de pessoas ligadas à cúpula do Estado que coloque em dúvida a isenção das investigações, apuração de crimes praticados por policiais civis ou federais, etc. A indevida apuração de infrações penais, ou a possibilidade de que isso ocorra, principalmente as de maior repercussão e gravidade, atinge a sociedade e macula a credibilidade do Estado, legitimando o Ministério Público a intervir e investigar os fatos diretamente.

Essas situações, e outras análogas, devem ser observadas pelo Ministério Público a fim de propiciar-lhe legitimidade para proceder às investigações. Desse modo, não será qualquer caso que merecerá a atuação Ministerial na produção preliminar da prova, mas somente quando houver interesse público no exercício desse poder-dever de colher a prova para a cabal apuração dos fatos de forma isenta e responsável.

É certo que não interessa a várias Instituições e pessoas que o Ministério Público proceda a apuração de crimes na fase investigatória, haja vista que é muito mais difícil manipular os fatos quando a investigação está sendo feita por um Órgão que possui várias garantias constitucionais justamente para coibir essas ingerências em seu trabalho. Interesses de pessoas poderosas poderiam ser atrapalhados e muitos “acertos” deixariam de ser feitos, prejudicando sobremaneira pessoas que não querem ser desmascaradas e devidamente processadas.

Tolher o Ministério Público de defender a sociedade só pode interessar àqueles que possuem interesses outros que não de ordem jurídica. Com o Ministério Público investigando a prova é direcionada para aquele que dela fará uso em Juízo a fim de obter a sentença correta, seja condenatória ou absolutória.

Dessa forma, é fácil perceber que os argumentos empregados contra a investigação criminal pelo Ministério Público não se sustentam, uma vez que a interpretação sistemática dos dispositivos constitucionais acima mencionados são no sentido da total possibilidade do exercício dessa relevante função, não em prol do Ministério Público, mas em favor da sociedade que a Instituição deve defender.

Portanto, a investigação criminal de infrações penais comuns não é de atribuição privativa da polícia judiciária, mas concorrente com o Ministério Público, que é o titular da ação penal pública e o maior interessado na produção da prova.

Como o Ministério Público possui diversos poderes que lhe são fornecidos pelo art. 129, I, VI e VIII da Constituição Federal, está dotado de instrumentos hábeis para a investigação criminal, não necessitando fazer uso da Polícia Judiciária naqueles casos em que houver interesse público de que o “parquet” colha a prova na fase investigatória.

Também não se há que falar em falta de isenção quando o Ministério Público procede às investigações diretamente, uma vez que o Promotor de Justiça não é somente parte, mas fiscal da lei, tendo o dever de fazer com que a lei penal seja aplicada de forma imparcial e dentro dos limites da legalidade. Da mesma forma, essas prerrogativas não podem ser taxadas de indevida concentração de poderes, uma vez que é a

própria Constituição Federal que fornece esses instrumentos de atuação ao Ministério Público para a defesa da sociedade.

Diante do exposto, fica evidente que não há vedação para que o Ministério Público proceda às investigações criminais diretamente, bem pelo contrário, já que a defesa da sociedade e do próprio estado de direito assim recomenda, sendo que os dispositivos Constitucionais e legais mencionados são no sentido dessa possibilidade.

***César Dario Mariano da Silva,***  
***8º PJ do II Tribunal do Júri***



**DO PROCESSO E DO  
JULGAMENTO NA JUSTIÇA  
MILITAR EM PRIMEIRO GRAU:  
UMA ABORDAGEM CRÍTICA**

*Enio Luiz Rossetto*





# DO PROCESSO E DO JULGAMENTO NA JUSTIÇA MILITAR EM PRIMEIRO GRAU: UMA ABORDAGEM CRÍTICA

*Enio Luiz Rossetto*

SUMÁRIO. 1. PROCESSO PENAL MILITAR. 1.1. Garantias no interrogatório perante o Conselho. 1.2. Busca da verdade real no processo penal militar: um equívoco? 1.3. Defesa prévia antes da denúncia. 1.4. Impossibilidade de concessão de habeas corpus em primeira instância: máxima inconstitucionalidade. 2. DO JULGAMENTO REALIZADO PELOS CONSELHOS DE JUSTIÇA. 2.1. Absolvição por insuficiência de provas. 2.2. Motivação da decisão. 2.3. A oralidade no processo penal militar e seu reflexo no julgamento. 2.4. Correção entre a imputação (denúncia) e a sentença. 2.5. Código Penal Militar: necessidade de revisão 2.5.1. Conceito de crime militar. 2.5.2. Definição da culpa no CPM e o dever de cuidado objetivo. 2.5.2.1. Vida militar e a avaliação da culpa. Teoria da imputação objetiva. 2.5.3. Desproporcionalidade das penas no CPM. 3. CONCLUSÃO.

## 1. PROCESSO PENAL MILITAR

As inúmeras tentativas de juristas e filósofos em definir a liberdade sempre encontraram dificuldades. No plano da realidade, alcançar a liberdade jurídica constitui-se em luta permanente do indivíduo perante o Estado, de modo que as liberdades públicas representam um reconhecimento dos direitos do homem através do direito positivo. A partir desse ponto, há necessidade de se traçar algumas linhas garantistas no processo penal militar, para que possamos denominá-lo de justo, com regras e procedimentos obedientes aos princípios emanados da Constituição Federal.

### 1.1. Garantias no interrogatório perante o Conselho

Neste ato inaugural da instrução criminal, cumpre notar que o legislador no art. 306, § 1º, CPPM, determina que em caso de o acusado declarar que não tem defensor o juiz deve nomear dativo para o interrogatório. A intenção do legislador foi a de que o acusado, antes de ser interrogado perante o Conselho de Justiça, tivesse orientação jurídica adequada à sua defesa, matizando o interrogatório como meio de defesa e não como meio de prova, porém, o Código retrocede ao disciplinar que o interrogatório é privativo do juiz “não sendo nele permitida a intervenção de qualquer outra pessoa”, podendo às partes tão-somente ao final levantar questões de ordem.

Não se ignora a dissidência doutrinária acerca da natureza jurídica do interrogatório. Alguns entendem ser meio de defesa, outros meio de prova e por fim, um seletivo grupo compreende ser meio de prova e meio de defesa<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Rossetto, Enio Luiz. “A confissão no processo penal”, p. 146-152, Atlas, 2000.

Penso superada a controvérsia com a modificação feita recentemente pela Lei 10.792/2003 no art. 185 do CPP, que também passou a exigir a presença do defensor constituído ou nomeado no interrogatório, devendo o juiz assegurar o direito de entrevista reservada do acusado com o seu defensor. O art. 188 do CPP, sem instalar o contraditório, assinala que o juiz indagará das partes se restou algum fato para ser esclarecido e formulará as perguntas que entender pertinentes e relevantes.

A legislação processual penal militar não pode ficar mercê de vontade do legislador, que em 35 anos nada fez para harmonizar o processo penal militar com o que existe de mais avançado no campo do direito processual penal. Aplicar esses novos regramentos do CPP no processo penal militar atende o que se denomina de fim garantístico do processo judicial e parece-me ser consentâneo com a evolução do direito processual penal.

Outra garantia constitucional que não poder esquecida é o direito do acusado de permanecer em silêncio diante do Conselho, não estando obrigado de forma alguma a responder perguntas que lhe forem formuladas e muitos menos o silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa. Do silêncio nada se conclui. A conclusão inexorável é que a parte final do art. 305 do CPPM não foi recepcionada pela CF, art. 5º, LXIII.

## 1.2. Busca da verdade real no processo penal militar: um equívoco?

A leitura desatenta de vários artigos do CPPM leva à equivocada conclusão de que vige, por excelência, no processo penal militar a busca, quase que incessante, da verdade real. Sim, porque o art. 356 permite ao Conselho ouvir outras testemunhas, além das indicadas pelas partes; pelo art. 378, § 1º, se o juiz tiver notícia da existência de documento relativo a ponto relevante da acusação ou da defesa, deverá providenciar a sua juntada aos autos, independentemente de requerimento das partes; pode, ainda, o juiz auditor ordenar diligência para sanar qualquer nulidade ou suprir falta prejudicial ao esclarecimento da verdade antes do julgamento.

A busca da verdade real, entretanto, não constitui um poder-dever absoluto<sup>2</sup>, porque como adverte Marco Antonio Marques da Silva<sup>3</sup> a busca da verdade no processo penal deve ser feita com cautela, pois não se aceita qualquer meio de prova, mas somente aqueles processualmente admitidos, ainda que desta limitação resulte um sacrifício à verdade material. A verdade alcançada é “obtida através de provas e desmentidos”<sup>4</sup>, sobretudo, não uma verdade obtida a qualquer preço, mas uma verdade processualmente válida<sup>5</sup>, assim é de se afirmar que a finalidade do processo penal não é a de buscar a verdade real exclusivamente, mas, antes de tudo, de assegurar ao acusado a preservação de sua liberdade e a manutenção do seu estado de inocência<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> Barros, Marco Antonio de. “A busca da verdade no processo penal”, p. 289, São Paulo: RT, 2002.

<sup>3</sup> Silva, Marco António Marques. “Acesso à Justiça Penal e o Estado Democrático de Direito”, p. 35, São Paulo: Saraiva

<sup>4</sup> Gomes Filho, Antônio Magalhães, “Direito à prova no processo penal”, p. 57, SP: Saraiva.

<sup>5</sup> Grinover, Ada P. “O processo em evolução”, p. 47, RJ:Forense Universitária, 1996.

<sup>6</sup> Suannes, Aduino. “Os fundamentos éticos do devido proceso penal”, p. 144, ...

### 1.3. Defesa prévia antes da denúncia.

No CPP depois de realizado o interrogatório ou decretada a revelia do réu que citado não comparece, exceto no caso de citação edital, poderá ser oferecida a denominada defesa prévia, cuja finalidade é apenas a de dizer que o réu pretende provar sua inocência e apresentar suas testemunhas.

Entretanto, por vezes, o silêncio é mais interessante para a defesa, que poderá manifestar-se sobre o mérito após a produção da prova. Não faltam críticas à defesa prévia reputada por muitos de inútil “de escassa importância, no processo penal”, porque estrategicamente, não faz sentido o réu, desde logo, dizer em que sentido orientará sua oposição à denúncia<sup>7</sup>, melhor seria que, fazendo jus a sua denominação, que a defesa prévia fosse feita antes do recebimento da denúncia.

O processo penal militar não tem a defesa prévia, tampouco a defesa preliminar. À guisa de estimular o debate poderíamos discutir a adoção de algo semelhante à defesa preliminar<sup>8</sup>, nos moldes do procedimento especial de crimes cometidos por funcionário público no exercício de suas funções, que se justifica no interesse da administração militar, atingida com acusação infundada contra o militar, e do próprio militar, que durante o IPM praticamente ficou inerte.

### 1.4. Impossibilidade de concessão de habeas corpus em primeira instância: máxima inconstitucionalidade.

Os tribunais e os juízes militares são órgãos do Poder Judiciário, de acordo com a CF em seu art. 92, VI, e a mesma Carta garante que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, mas é exatamente isso que faz o art. 469 do CPPM ao firmar só competir ao segundo grau conhecer do pedido de habeas corpus, por conta disso o juiz auditor e o conselho não podem, a rigor, mesmo de diante de grave violação de direito humano fundamental conhecer do pedido e conceder a ordem, o que se mostra inaceitável num Estado Democrático de Direito, que tem por fundamento a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III).

De outra banda, os demais juízes de primeiro grau têm competência para expedir de ofício ordem de habeas corpus, quando no processo verificarem que alguém sofre ou está na iminência de sofrer coação ilegal (art. 654, § 2º, CPP).

A CF na cabeça do art. 5º, que trata dos direitos individuais, garante a liberdade aos brasileiros e estrangeiros, porém, a legislação processual penal castrense faz odiosa restrição ao militar.

O Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos, Pacto de São José da Costa Rica, que passou a integrar o direito positivo brasileiro e ainda possui status constitucional, por força do § 2º do art. 5º da CF. A CADH em seu art. 7º, n. 6., preceitua que toda a pessoa, sem discriminar a condição de civil ou militar, tem direito a recorrer ao juiz ou tribunal a fim de que decida sobre a legalidade de sua prisão, sendo que tal recurso “não pode ser restringido ou abolido”.

<sup>7</sup> Frederico Marques, José, “Elementos de direito processual penal”, p. 63, Campinas: Bookseller, 1997.

<sup>8</sup> Prevista nos arts. 513 a 518 do CPP.

A vedação existente na legislação processual castrense não tem razão de ser, tanto assim que na reforma do judiciário está prevista a possibilidade de em primeiro grau ser deferida a ordem para a proteção da liberdade pessoal.

## **2. DO JULGAMENTO REALIZADO PELOS CONSELHOS DE JUSTIÇA**

### **2.1. Absolvição por insuficiência de provas**

A independência dos membros do Conselho, sobretudo, todos dos militares é a garantia do jurisdicionado de ser julgado por um tribunal independente e imparcial. O legislador no art. 435, parágrafo único, CPPM, determinou que a votação no Conselho se faça pela ordem inversa de hierarquia, de modo que o oficial mais moderno votando antes do mais antigo não seja influenciado por este.

Diz-se que o juiz criminal moderno é alguém comprometido com a regularidade do processo, com tratamento igualitário das partes, sabedor de que, sem certeza razoável a respeito da autoria do crime, a solução mais adequada às limitações humanas é a absolvição do imputado. In dubio pro reo é como se expressa essa humanização do processo. Não mais a procura da verdade a qualquer preço mas a superação da dúvida, a ser promovida pela observância de regras éticas de comportamento não apenas por parte do acusador mas, muito especialmente, por parte de encarregado pelo Estado de julgar o acusado<sup>9</sup>.

### **2.2. Motivação da decisão**

O pronunciamento dos membros do Conselho é feito em pública sessão, na presença do acusado, do representante do Ministério Público e do defensor, em estrita observância ao que dispões o art. 93, IX, CF.

A motivação da decisão, que é indispensável sob pena de nulidade, é realizada em dois momentos distintos. Oralmente na votação do Conselho; depois pelo auditor ao redigir a sentença e facultado, ainda, ao membro do Conselho justificar o seu voto, se vencido. Na motivação da decisão, com ensina Antônio Magalhães Gomes Filho<sup>10</sup>, é necessário “que o juiz explique não somente o conteúdo das provas em que se baseou, mas igualmente o raciocínio de que se valeu para, através dos dados probatórios incorporados ao processo, chegar à decisão final”.

Essa imbricação entre o dever de motivar e o livre convencimento do juiz nos remete à regra de avaliação da prova prevista no art. 297 do CPPM: “o juiz formará convicção pela livre apreciação do conjunto das provas colhidas em juízo. Na consideração de cada prova, o juiz deverá confrontá-la com as demais, verificando se entre elas há compatibilidade e concordância”.

Mais do que uma regra probatória, o mencionado dispositivo legal é uma garantia, pois, o juiz ao julgar está livre de amarras, de prova previamente valorada, o julgador é quem dará o valor a cada prova, no cotejar com as demais.

<sup>9</sup> Suannes, Adauto. Op. cit., p. 31.

<sup>10</sup> Gomes Filho, Antônio Magalhães, “Direito à prova no processo penal”, op. cit., p. 162.

Imperativo que a convicção do juiz seja formada pela avaliação da prova em juízo. Essa limitação imposta ao julgador é outra garantia do acusado, que no IPM, na condição de objeto de investigação e não de sujeito de direitos, nada produz em sua defesa, posto que naquele procedimento não há acusação, logo, não havia do que se defender.

### 2.3. A oralidade no processo penal militar e seu reflexo no julgamento

Duas características marcam o processo penal militar em primeiro grau: a instrução criminal produzida perante um órgão colegiado e a oralidade. Rigorosamente, o procedimento oral compreende a oralidade propriamente dita, a concentração das audiências e do julgamento e a identidade física do juiz<sup>11</sup>. A oralidade dos atos propriamente dita sempre foi vista como agilização dos procedimentos criminais. A oralidade não significa a exclusão da escrita, mas o predomínio da palavra. Nesse sentido, no processo penal militar temos o predomínio da oralidade sobre a forma escrita<sup>12</sup>. No entanto, não há a concentração da instrução e do julgamento no procedimento ordinário, no procedimento ordinário a colheita da prova e a sessão de julgamento ocorrem em momentos distintos, com o gravame de ser o procedimento ordinário aplicado para quase todos os crimes, apenado com reclusão ou detenção. Além disso, em que pese adoção do procedimento oral não vigora o seu corolário, que é o princípio da imediação<sup>13</sup>, porque os integrantes do Conselho Permanente de Justiça que colhem a prova normalmente não são os mesmos que irão julgar, haja vista que a atividade do Conselho Permanente de Justiça é trimestral; eventualmente, esse princípio é aplicado quando o juiz auditor e os oficiais dos Conselhos Especiais de Justiça acompanham toda a instrução e participam do julgamento.

A linguagem no Direito, ainda que não intencionalmente empolada, não raro, impregnada de tortuosa exegese, é, por si só, um problema. Os discursos jurídicos são sedutores, podem esconder a verdade. A despeito disso, é reconhecível que quanto maior a proximidade do órgão incumbido da prestação jurisdicional da dilação probatória, maior é a possibilidade de se atingir a verdade material<sup>14</sup>.

Não é de se deslembrar o fato de as Auditorias da JME serem sediadas na Capital, com isso o princípio da imediação sofre outra restrição decorrente da necessidade de se ouvir pessoas por carta precatória.

Se a oralidade, com a imediatidade e concentração dos atos processuais, permite a condução de um processo justo, essa estreita ligação das partes, das testemunhas e do réu com o Conselho de nada valerá se o julgamento não for levado a efeito pelo

<sup>11</sup> Tucci, Rogério Lauria, Oralidade. Enciclopédia Saraiva do Direito, SP: Saraiva, v. 56, p. 163.

<sup>12</sup> Para bem demonstrar esse predomínio da forma oral sobre a escrita é bem de ver que o CPPM permite verbalmente opor a exceção de incompetência (art. 143 ao 147), arguir falsidade de documento (art. 163 ao 168), formular pedidos de liberdade provisória, de menagem e de diligências durante a instrução do processo. E o que é mais relevante, na sessão de julgamento, obrigatoriamente, as partes fazem uso da palavra para suas alegações finais perante o Conselho, conforme disposição do art. 433.

<sup>13</sup> Segundo René Ariel Dotti, "Princípios do processo penal", Revista do Processo: São Paulo: RT (67), p. 73-92: "A imediação significa essencialmente que a decisão jurisdicional só pode ser proferida por quem tenha assistido à produção das provas e à discussão da causa pela acusação e pela defesa, mas significa também que na apreciação das provas se deve dar preferência aos meios de prova que em relação mais direta com os factos probandos."

<sup>14</sup> Demercian, Pedro H. e Maluly, Jorge Assaf. "Curso de processo penal", p. 40, Atlas, 2ª ed. 2001.

juiz que acompanhou a instrução<sup>15</sup>. O princípio da identidade física do juiz, que é a vinculação do juiz à causa criminal, não tem previsão no CPPM e no CPP, porém é uma tendência do direito processual penal moderno e que as reformas procuram prestigiar<sup>16</sup>, e que não se pode deixar de levar em conta em futura alteração da legislação castrense. Nesse passo, a sugestão é a de concentrar a instrução e a sessão de julgamento num único ato para os crimes de menor potencial ofensivo, alinhando-se com texto constitucional<sup>17</sup>.

## 2.4. Correlação entre a imputação (denúncia) e a sentença

A decisão do Conselho é limitada ao fato descrito na denúncia, sob pena de causar nulidade absoluta do julgamento. A correlação entre a imputação fática e a sentença é a garantia que o acusado tem de não ser surpreendido por uma decisão que, em fugindo do que consta na denúncia não lhe permitir a ampla defesa. É cediço que o réu defende-se dos fatos a ele irrogados na denúncia e não da classificação nela feita, que é provisória. O Conselho pode discordar da classificação contida na denúncia e nos termos do preconizado pelo art. 437, “a”, CPPM, dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que, em conseqüência, tenha de aplicar pena mais grave, desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público em alegações escritas.

Essa disposição do CPPM é diferente do estabelecido no CPP, art. 383 (*emendatio libelli*) e art. 384 (*mutatio libelli*), e sobretudo equivocada, porque o legislador deveria ter empregado a expressão nova definição jurídica e não definição jurídica diversa. Essa última, definição jurídica diversa, é apenas a classificação do crime, enquanto que nova definição jurídica é uma nova imputação, da qual o réu deve se defender depois das alegações escritas do MP.

Se verificar que o réu defendeu-se dos fatos articulados na denúncia, pode o juiz dar definição jurídica diversa. Todavia, feita nova imputação, deve assegurar a ampla defesa ao acusado com novo interrogatório e permitir a produção de prova, se for o caso.

Como deve proceder o Conselho no caso de verificar a possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave? O CPPM não possibilita baixar os autos para que o MP adite a denúncia como faz o art. 384, § único, CPP. O art. 437, “a”, CPPM, deixa entrever claramente que a iniciativa para o aditamento da denúncia é do MP e não o Conselho provocá-lo. Acresça a isso que o art. 129, I, CF, atribui, privativamente, ao MP o exercício da ação penal pública, qualquer iniciativa do Conselho em baixar os autos para o MP aditar a denúncia, e em caso de recusa, remeter os autos ao Procurador-Geral de Justiça, aplicando por analogia a parte final do art. 397 do CPPM viola o sistema acusatório, tão marcadamente presente no processo penal militar<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> Demercian, Pedro H. e Maluly, Jorge Assaf. “Curso de processo penal”, op. cit., p. 40.

<sup>16</sup> Como observa Marco Antônio Marques da Silva, “A vinculação do juiz no processo penal”, p. 59, SP: Saraiva, 1993.

<sup>17</sup> Art. 98 da CF.

<sup>18</sup> Art. 29 do CPPM dispõe ser ação pública e promovida pelo MP.

O sistema acusatório há de ser respeitado. O acusado, por outro lado, não pode ser condenado por fato criminoso do qual não se defendeu. Atentos ao caráter garantístico que deve nortear o processo penal militar, a decisão do Conselho deve ser absolutória.

## **2.5. Código Penal Militar: necessidade de revisão**

### **2.5.1. Conceito de crime militar**

Se por um lado podemos notar certas garantias que o CPPM confere ao acusado, de outro, nos deparamos com a legislação substantiva castrense permeada de contradições.

A começar pela dificuldade que provoca na definição de crime militar. Inútil foi o esforço do legislador de 1969 em aperfeiçoar o conceito de crime militar no art. 9º do CPM, pelos critérios de que o crime adquire a natureza militar em razão de ter sido praticado em determinados locais (*ratione loci*), ou em razão de sua essência, da matéria (*ratione materiae*) e em razão da condição de militar do agente e da vítima (*ratione personae*). Esses critérios legais são causadores conflitos de competência entre as justiças militar e comum. Eles também provocam paradoxos, por permitirem que certos crimes tenham a natureza militar, quando na verdade não têm, v. g., o art. 9º, II, “a”, considera militar o crime praticado entre militares, critério *ratione personae*, que se justifica, em princípio, porque no plano secundário ofende a hierarquia e a disciplina. Apenas para exemplificar um desses paradoxos, em 1969 os militares não se casavam entre si. Não havia a presença feminina nas corporações militares, o que hoje é uma realidade. Casam-se, constituem família e como todo casal, infelizmente, praticam delito, o militar pode praticar crime contra a militar, com que é casado, no recinto doméstico. A rigor, pelo critério legal (*ratione personae*), o crime é militar. Porém, de militar não tem nada. Não ofende a hierarquia e a disciplina militar.

### **2.5.2. Definição da culpa no CPM e o dever de cuidado objetivo**

A indagação a ser feita é se a definição legal é adequada à vida militar, profissão que por natureza é de risco. Se a definição legal do tipo culposo não colide com a rubrica marginal do CPM, em que o dolo e culpa integram a culpabilidade, já que é patente que o CPM não adotou a teoria finalista da ação e nem permaneceu na clássica teoria causalista.

O art. 33, II, CPM - diversamente do CP que apenas refere às modalidades de culpa, negligência, imperícia e imprudência - definiu o crime culposo “quando o agente, deixando de empregar a cautela, atenção, ou diligência ordinária, ou especial, a que estava obrigado em face das circunstâncias, não prevê o resultado que podia prever ou, prevenindo-o, supõe levemente que não se realizaria ou que poderia evitá-lo”.

Críticas à fórmula legal do CPM/69 não faltam. Salgado Martins<sup>19</sup> ao analisar a noção de culpa no CP/69, cuja redação assemelha-se ao CPM/69, assinalou que o legislador

<sup>19</sup> Martins, Salgado. “Direito Penal, introdução e parte geral”, p. 223, São Paulo: Saraiva, 1974.

elaborou redação defeituosa, com fórmula imprecisa e redundante, porque abandonou as modalidades da imprudência, negligência e imperícia, que traduzem o descumprimento do dever de diligência a que está obrigado o homem no convívio social.

Nota-se que o legislador dentro do mesmo dispositivo penal cuidou da culpa inconsciente e da culpa consciente. Quando o legislador refere à diligência ordinária ou especial a que estava obrigado o agente, em face das circunstâncias, está, na verdade, cuidando respectivamente da previsibilidade objetiva e subjetiva.

Previsibilidade subjetiva é a possibilidade de o sujeito “segundo suas aptidões pessoais e na medida de seu poder individual” prever o resultado. Previsibilidade objetiva é “a diligência necessária objetiva quando o resultado era previsível para o homem comum, nas circunstâncias em que o sujeito realizou a conduta”.<sup>20</sup>

Ressalta César Roberto Bitencourt<sup>21</sup> que: O essencial no tipo de injusto culposo não é a simples causação do resultado, mas sim a forma em que a ação causadora se realiza. Por isso, a observância do dever objetivo de cuidado, isto é, a diligência devida, constitui elemento fundamental do tipo de injusto culposo, cuja análise constitui uma questão preliminar no exame de culpa”.

Vem a pêlo o ponto fulcral do crime culposo por Edmar Jorge de Almeida<sup>22</sup> que pontifica que: “a fórmula engloba a previsibilidade objetiva – incidente na tipicidade – quando o agente deixando de empregar a cautela, atenção ou diligência ordinária, a que estaria obrigada uma pessoa prudente e com discernimento mediano; da previsibilidade subjetiva – quando o agente, segundo as suas aptidões e poder pessoal, deixa de empregar a cautela, atenção ou diligência especial a que estava obrigado nas circunstâncias em que esteve envolvido -, esta sim incidente para o juízo de reprovação da conduta ou Culpabilidade. Em perfeita consonância com a nova dogmática do direito penal, o Dever de Cuidado na Lei Penal Militar passa a ser o critério determinador da culpa *stricto sensu*, ao definir a ilicitude dos crimes culposos pela discrepância entre a conduta observada e as exigências do ordenamento jurídico com respeito à cautela necessária em todo comportamento social, para evitar danos aos interesses e bens de terceiros. O conceito de cuidado necessário é objetivo e normativo e corresponde à conduta do homem prudente na situação do autor, critério do *homo medius*, que informa a conduta típica. A reprovabilidade pela falta de observância do cuidado objetivo, por parte do agente nas circunstâncias é que identificará a culpabilidade, ou seja, o cuidado exigível daquele agente determinado em empregar a diligência especial a que estava obrigado, em meio às circunstâncias que envolveram as circunstâncias do resultado lesivo. A estrutura do crime militar culposo, diversa, portanto, da do crime doloso, abarcaria uma conduta voluntária, em cujo eixo central acha-se o dever de cuidado objetivo, informado pelos conceitos de risco permitido e risco proibido, pelas regras da profissão do militar e pelo princípio da confiança, o resultado involuntário, o nexo de causalidade e a tipicidade”.

<sup>20</sup> Conforme o escólio de Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, p. 252, v. 1, SP: Saraiva, 1985.

<sup>21</sup> Bitencourt, Cezar Roberto, “*Tratado de Direito Penal*”, p. 227, v. 1, SP: Saraiva, 8ª ed, 2003.

<sup>22</sup> Edmar Jorge de Almeida *Do crime militar culposo*, p. 47/58, *Boletim Científico* nº 05, ano I, out/dez de 2002, da Escola Superior do Ministério Público da União.



### 2.5.2.1. Vida militar e a avaliação da culpa. Teoria da imputação objetiva

Como salienta Almeida<sup>23</sup>, as atividades profissionais do militar “estão entre as que maiores e mais acentuados riscos para a incolumidade física produzem, a reclamar dos aplicadores do direito exame e observação diferenciados na delimitação da culpa. É condição própria das ações militares, no emprego de meios e modos de combate, como nos simples treinamentos, na instrução, em manobras ou exercícios, a geração de situações perigosas, ampliando a esfera de incidência do conceito de risco permitido para as situações produzidas. À margem de discricionariedade dos instrutores militares incumbidos do mister, não raro de difícil delimitação no plano teórico ou prático, acrescentaríamos a complexidade técnica e operacional de algumas ações especiais, indutoras de situações-limite de risco para a vida”.

E segue Almeida advertindo que: “À luz da tal ambiência profissional, a noção clássica de culpa não atende com a desejável clareza às necessidades de delimitação da culpa em sentido estrito. À inobservância do cuidado objetivo devido, haveremos de agregar as noções de risco permitido e risco proibido, do princípio da confiança e das regras da profissão do militar”. É a aplicação da teoria da imputação objetiva.

Finaliza, com razão, que “a incerteza é componente inseparável da atividade, sempre envolvida em riscos; perigos inerentes à própria profissão, não constituindo a dúvida pressuposto da culpa, menos ainda exigência de abstinência do comportamento, o que comprometeria a própria razão de existir da profissão”.

A nova teoria da imputação objetiva aceita por alguns e rejeitada por outros doutrinadores, e aqui não há tempo ou espaço no opúsculo para discuti-la, é aplicável em certos casos de crime militar culposo a impedir injustas decisões fundadas em argumentos mais simplistas, como por exemplo, tão a gosto de parcela da doutrina e da jurisprudência, é caracterizador da culpa em sentido estrito, o manuseio descuidado de arma de fogo sem o exame se está carregada ou o disparo de arma de fogo contra infratores da lei em certas ações policiais causador de resultado involuntário. Convenhamos, nem sempre é o critério justo na avaliação da culpa do militar.

### 2.5.3. Desproporcionalidade das penas no CPM

Princípio da proporcionalidade exige a graduação entre o fato praticado e a cominação legal. A proporcionalidade entre os delitos e as penas, um justo equilíbrio entre a gravidade do ato ilícito praticado e a pena cominada ou imposta o que implica num juízo lógico ou de ponderação<sup>24</sup>.

Em várias passagens do CPM constata-se que o legislador não observou tal princípio. Ao tratar do crime continuado no art. 80 é manifesta a inobservância, porque determina aplicação do cúmulo material, somatória das penas privativas de liberdade, quando é sabido que o crime continuado foi criado no período medieval para se evitar a aplicação da pena capital àquele que cometesse o terceiro furto, e hodiernamente existe para evitar penas longas para crimes praticados em continuidade. Pelo CPM,

<sup>23</sup> Almeida, Edmar Jorge de. op. cit., p. 47/58,.

<sup>24</sup> Prado, Luiz Regis. “Curso de Direito Penal Brasileiro”, p. 141-144, v. 1, SP:RT, 4ª ed. 2004.

se o agente em continuidade delitiva praticar dez vezes o mesmo crime de furto qualificado, cuja pena mínima é a de três anos, sofrerá a reprimenda de no mínimo 30 anos. Ora, essa situação legal absurda exige do julgador a devida correção, sob pena de incorrer em flagrante disparate à luz do princípio da proporcionalidade.

Numa outra vertente, quando comparamos tipos penais da legislação especial com os análogos previstos no CPM, verificamos uma outra situação. Revela-se o CPM desatualizado ante a macrocriminalidade. Para demonstrar a verdade do argumento, tome-se por referência o tráfico ilícito de entorpecente, equiparado pelo art. 5º, XLIII, CF, a crime hediondo e inafiançável, insuscetível de graça ou anistia. Some-se que o Brasil comprometeu-se com outros países em reprimir o delito, firmando tratados internacionais. O legislador ordinário previu na LCH que a pena privativa de liberdade será cumprida integralmente no regime fechado (art. 2º, §1º, Lei 8.072/90), sem direito à liberdade provisória ou fiança (art. 2º, II), todavia, a legislação substantiva militar permaneceu intocada. Nesse caso, continuou timidamente a cominar pena privativa de liberdade de um a cinco anos, com direito à progressão de regime, sursis etc.

O mesmo pode ser dito quanto aos crimes sexuais. A pena de reclusão cominada no CPM para o estupro é de três a oito anos e para o atentado violento ao pudor é de dois a oito anos. Nos arts. 213 e 214 do CP, para semelhantes condutas delituosas, o art. 6º da LCH elevou a pena mínima para seis e a máxima para dez anos de reclusão. Cochilo do legislador foi que estabeleceu nessas espécies inaceitável diferença de tratamento entre os civis e militares ou desconhecimento da existência dessas figuras criminosas na legislação?

### 3. CONCLUSÃO

Se o CPPM dá certas garantias ao acusado no correr do processo e no julgamento e com o advento da CF essas garantias foram, em certa medida, consolidadas e ampliadas, o mesmo não se pode dizer a respeito do CPM que tem penas desproporcionais, tipos penais que se confundem com infrações disciplinares, definições confusas, a merecer mudanças significativas alinhadas ao moderno direito penal.

**Enio Luiz Rossetto,**  
*juiz auditor JME/SP, mestre pela USP,*  
*professor de Direito Penal na UNIFMU e UNIFIEO*

### BIBLIOGRAFIA

ALMEIDA. Edmar Jorge de Do crime militar culposo, Boletim Científico nº 05, ano I, out/dez de 2002, da Escola Superior do Ministério Público da União.

BARROS, Marco Antonio. "A busca da verdade no processo penal", SP: RT, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto, "Tratado de Direito Penal", v. 1, SP: Saraiva, 8ª ed, 2003.

DEMERCIAN, Pedro H. e MALULY, Jorge A. "Curso de processo penal", Atlas, 2ª ed. 2001.

DOTTI, René Ariel. "Princípios do processo penal", Revista de Processo, SP:RT (67).

GOMES FILHO, Antônio Magalhães, "Direito à prova no processo penal", SP: Saraiva.

GRINOVER, Ad P. "O processo em evolução", Forense Universitária, 1996.

JESUS, Damásio E. de, "Direito Penal", v. 1, SP: Saraiva, 1985.

MARTINS, Salgado, "Direito Penal, introdução e parte geral", SP: Saraiva, 1974.

MARQUES, José Frederico. "Elementos de direito processual penal", Bookseller, 1997.

PRADO, Luiz Regis. "Curso de Direito Penal Brasileiro", p. 141-144, v. 1, SP:RT, 4ª ed. 2004.

ROSSETTO, Enio Luiz. "A confissão no processo penal", Atlas, 2000.

SILVA, Marco Antônio Marques.

- "Acesso à Justiça Penal e o Estado Democrático de Direito", São Paulo: Saraiva.
- "A vinculação do juiz no processo penal", SP: Saraiva, 1993.

SUANNES, Adauto. "Os fundamentos éticos do devido processo penal".

TUCCI, Rogério Lauria , Oralidade. Enciclopédia Saraiva do Direito, SP: Saraiva, v. 56.



**DA PERDA DO POSTO  
E DA PATENTE  
E DA GRADUAÇÃO  
DE POLICIAIS MILITARES**

***Evanir Ferreira Castilho***



# DA PERDA DO POSTO E DA PATENTE E DA GRADUAÇÃO DE POLICIAIS MILITARES

*Evanir Ferreira Castilho*

A fonte da competência jurisdicional para a perda de posto e patente dos senhores Oficiais Policiais Militares está na Constituição Federal (artigo 125, §4º - parte final) que, encerra tal dispositivo, consignando: “...**cabendo ao Tribunal competente decidir sobre a perda de posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças**”.

No mesmo sentido a Constituição Estadual, em seu artigo 81, §1º, parte final, reitera: “... **bem como decidir sobre a perda do posto e da patente dos Oficiais e da graduação das praças**”.

Interessante é observar-se o tratamento dispensado pelo texto do Código Penal Militar, que previa a perda de posto e patente dos Oficiais e graduação de Praças, como penas acessórias à condenação criminal.

O Decreto-Lei 1001, de 21.10.1969, elenca as penas acessórias, no artigo 98, em oito categorias, a saber:

- I - a perda do posto e patente;
- II - a indignidade para o oficialato;
- III - a incompatibilidade com o oficialato;
- IV - a exclusão das forças armadas;
- V - a perda função pública, ainda que eletiva;
- VI - a inabilitação para o exercício de função pública;
- VII - a suspensão do pátrio-poder, tutela ou curatela;
- VIII - a suspensão dos direitos políticos.

Ainda, o mesmo *codex*, em seu artigo 99 prevê a perda de posto e patente resultante de condenação a pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos, importando em perda das condecorações.

Da mesma forma, o artigo 100 do CPM declara a indignidade para o oficialato, *in verbis*: fica sujeito à declaração de **indignidade para o oficialato** o militar condenado, **qualquer que seja a pena**, nos crimes de traição, espionagem ou covardia (artigos 355, 366 e 363, todos eles em tempo de guerra), ou em qualquer dos definidos nos artigos 161 (desrespeito a símbolo nacional), 235 (pederastia ou outro ato de libidinagem), 240 (furto), 242(roubo e latrocínio), 243 (extorsão), 244(extorsão mediante seqüestro), 245(chantagem), 251 (estelionato), 252 (abuso de pessoa), 303(peculato), 304 (peculato mediante aproveitamento do erro de outrem), 311(falsificação de documento) e 312 (falsidade ideológica).

Em complementação ao texto acima, o Decreto-Lei 3038, de 10.02.1941, dispõe sobre a declaração de indignidade para o oficialato, nos exatos termos do dispositivo acima citado (artigo 100 do CPM).

A respeito dos três dispositivos acima, torna-se indispensável registrar que, relativamente a oficiais e graduados PM's, não mais subsiste a imposição da pena acessória de perda das respectivas graduações ou do posto e patente.

Anteriormente a atual Constituição, era rotina, ao final da sentença condenatória, consignarem-se tais perdas como consequência e efeito da própria condenação.

Com a vigência das Constituições Federal e Estadual, já citadas, deslocou-se tal competência à Corte Militar, onde houver, e ao Tribunal de Justiça nos demais Estados.

Fácil é concluir que tal Decreto, vem em complementação ao ato administrativo disciplinar que impõe *exclusão ou demissão*, por via do comando da Corporação. Este decide a questão disciplinar e o Tribunal aprecia a perda, nos limites de suas atribuições, complementando-se, até para maior segurança dos jurisdicionados.

Efetivamente, tanto a indignidade quanto a incompatibilidade decorrem de conduta disciplinar, quanto de condenação criminal. Em ambas as hipóteses, a iniciativa procedimental é do Comandante-Geral da Corporação, descrevendo o fato enquadrável no Regulamento Disciplinar e propondo ao Senhor Secretário de Segurança Pública a instauração do denominado *Conselho de Justificação*.

Igualmente, a condenação criminal com trânsito em julgado permite a iniciativa da Procuradoria de Justiça Militar, requerendo ao Tribunal Militar o reconhecimento da perda de graduação ou da indignidade para o oficialato.

Conciliando tais atribuições e competências, o Supremo Tribunal Federal, em idos de 24.09.2003, editou a Súmula 673, *in verbis*:

**“O artigo 125, §4º, da Constituição não impede a perda de graduação de militar mediante procedimento administrativo”.**

Nos limites do tema proposto, cabe examinar o procedimento judicialiforme denominado *Conselho de Justificação*.

Regulamentando-o, vige lei federal (nº 5836, de 05.12.1972) que disciplina todo o seu procedimento, iniciado em unidade policial militar, formado o Conselho por três Oficiais da ativa, com posto superior ou antigüidade maior que a do **justificante**, como adiante se verá.

Como instrumento de adaptação da Lei Federal 5836/72, aplicável às Forças Armadas, inclusive às Polícias Militares, editou-se, em São Paulo, a Lei Estadual nº 186, de 14.12.1973.

Igualmente importante nessa matéria é o denominado Estatuto dos Militares, Lei nº 6880/80, que além de disciplinar os Conselhos de Justificação e de Disciplina, entre nos artigos 48 e 49, traz a definição de **POSTO**: grau hierárquico conferido por ato do Presidente da República ou Comandante da Força, confirmado em **CARTA PATENTE**.



Carta Patente ou patente significa o documento individual, emitido para cada oficial, constando o posto, no quadro a que pertence, apto a comprovar direitos e deveres assegurados por lei.

Por sua vez, o artigo 142, §3º, inciso I, da Constituição Federal enumera tais garantias e, nos incisos VI e VII, prevê a hipótese de perda do posto e da patente.

Dignos de destaque tais incisos:

**Inciso VI** - o oficial só perderá o posto e a patente, se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, POR DECISÃO DE TRIBUNAL MILITAR de caráter permanente, em tempo de paz, ou de Tribunal Especial, em tempo de guerra.

**Inciso VII** - o oficial condenado **na justiça comum ou militar** à pena de privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior.

Resta distinguir entre a indignidade e a incompatibilidade. Vejamos: **INDIGNO** do oficialato é aquele cuja conduta moralmente reprovável fere o pundonor, o decoro e a ética, como previsto, principalmente, no Estatuto dos Militares (artigo 28).

**INCOMPATÍVEL** com o oficialato é aquele cuja índole e procedimento não se harmonizam com os deveres de disciplina, liderança e desempenho dos deveres corporativos, comprometendo de forma irreparável.

Assim, o OFICIAL da Polícia Militar (ou das Forças Armadas) só perde posto e patente, quando definitivamente declarado indigno ou incompatível com o oficialato, por **DECISÃO JUDICIAL**, após regular procedimento, **contraditório** e ampla defesa.

Em outras palavras o oficial **não pode ser demitido ex officio**, em razão de ato emanado do Poder Executivo, ainda que fundado em processo disciplinar ou administrativo. Esta garantia se traduz em **VITALICIEDADE**, comparável àquela constitucionalmente assegurada aos Magistrados, Membros do Ministério Público e Conselheiros dos Tribunais de Contas. Qualquer decisão de perda de posto e patente de oficial, necessariamente, deve provir de Tribunal Militar regular, onde exista ou nos Estados-Membros desprovidos desse órgão judiciário, sob o crivo do Tribunal de Justiça, em que pese a pouca especialização dos responsáveis por tal promoção, criando um vazio na aplicação de tais dispositivos legais.

Não é sem razão que o Regimento Interno do Tribunal de Justiça Militar elenca no seu Livro II (do processo e julgamento), Título IV, Capítulo IV (artigos 124 a 132), os procedimentos seguintes:

Da declaração da perda de posto e patente de oficiais e da graduação de praças, com subdivisão:

I - mediante representação do Ministério Público;

II - no julgamento de processo oriundo de Conselho de Justificação.

Em apertada síntese, viu-se a regulamentação fundamental do instituto de perda de posto e patente e sua origem disciplinar (Conselho de Justificação), anteriormente mera pena acessória.

Vejamos aspectos práticos do procedimento do **Conselho de Justificação**:

Como já afirmado, origina-se e é regulamentado pelas referidas leis (federal - 5836, de 05.12.1972 e estadual - 186, de 14.12.1973), observado o rito judicialiforme, ou seja, inicia-se “na caserna” com a instrução e coleta de provas, com ampla defesa, culminando com um relatório conclusivo dos Membros que integram tal Conselho.

Destina-se a julgar a incapacidade ético-disciplinar do oficial, criando-lhe condições para justificar-se, ou não.

Tanto é aplicável ao oficial **da ativa**, quanto ao **da reserva remunerada** ou volta reformado, pela presunção de sua incapacidade em permanecer na atividade funcional.

Muito embora a tradição castrense tenha permitido que a Defesa do Justificante, mormente na fase da *caserna*, perante os Oficiais integrantes do Conselho fosse exercida por outro Oficial PM, bacharel em Direito, o Tribunal Militar, com o advento da Constituição de 1988, passou a entender que, por respeito das Garantias Constitucionais deveria atuar naquele *munus*, advogado habilitado.

Tal restrição da Garantia Constitucional assegurada no artigo 5º, LV, ao prever, entre outros, *aos litigantes, em processo judicial ou administrativo... são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

50

Essa garantia, em seu sentido mais amplo e profundo, complementa-se com o disposto no artigo 133 da Lei Maior: “*O advogado é indispensável a administração da Justiça*”. Tal entendimento resta confirmado por dois artigos da Lei nº 8906, de 04.07.1994, em seus artigos 1º, 3º e 4º:

**Artigo 1º** - São atividades privativas de advocacia:

I - a postulação a qualquer órgão do poder judiciário e aos juizados especiais;...

**Artigo 3º** - O exercício da atividade de advocacia no território brasileiro e a denominação de advogado são privativos dos inscritos na Ordem dos Advogados do Brasil OAB;

**Artigo 4º** - São nulos os atos privativos de advogados praticados por pessoas não escritas na OAB, sem prejuízo das sanções civis, penais e administrativas.

Curiosamente, observa-se que o motivo da instauração envolve aspectos diversos, geralmente conhecidos pelos meios de comunicação social ou dentro da própria hierarquia militar, entre os quais:

Art. 2º É submetido a Conselho de Justificação, a pedido ou “*ex officio*” o oficial das forças armadas:

I - acusado oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter:

a) procedido incorretamente no desempenho do cargo;

b) tido conduta irregular; ou

c) praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe;

II - considerado não habilitado para o acesso, em caráter provisório, no momento em que venha a ser objeto de apreciação para ingresso em Quadro de Acesso ou Lista de Escolha;

III - afastado do cargo, na forma do Estatuto dos Militares por se tornar incompatível com o mesmo ou demonstrar incapacidade no exercício de funções militares a ele inerentes, salvo se o afastamento é decorrência de fatos que motivem sua submissão a processo;

IV - condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial concernente a segurança do Estado, em Tribunal civil ou militar, a pena restrita de liberdade individual até 2 (dois) anos, tão logo transite em julgado a sentença; ou

V - pertencente a partido político ou associação, suspensos ou dissolvidos por força de disposição legal ou decisão judicial, ou que exerçam atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional.

Parágrafo único. É considerado, entre outros, para os efeitos desta Lei, pertencente a partido ou associação a que se refere este artigo o oficial das Forças Armadas que, ostensiva ou clandestinamente:

- a) estiver inscrito como seu membro;
- b) prestar serviços ou angariar valores em seu benefício;
- c) realizar propaganda de suas doutrinas; ou

d) colaborar, por qualquer forma, mas sempre de modo inequívoco ou doloso, em suas atividades.

Verifica-se, portanto, que o motivo de instauração do procedimento contra o oficial vai desde condutas incorretas, irregulares, indignas, incompatíveis ou resultantes de condenação concernente a Segurança do Estado ou envolvimento com partidos políticos ou associações, suspensos ou dissolvidos por força de Lei ou decisão judicial, exercentes de atividades judiciais ou perigosas à Segurança Nacional, nas formas descritas assim.

O oficial justificante pode ser afastado de suas funções, automaticamente nas hipóteses dos incisos IV e V supra, ou a critério do Ministro Militar (Secretário de Segurança Pública) na hipótese do inciso I do artigo 2º.

Esta última hipótese objetiva que o justificante obtenha direito adquirido à reforma, mantendo proventos de sua aposentadoria, autêntico instrumento saneador em mãos do senhor Secretário da Segurança, de utilização não noticiada nas últimas décadas (artigo 5º, XXXVI, CF).

Tal omissão tem levado, após a cassação de posto e patente de oficial, ao pagamento de seus vencimentos à família, numa autêntica similar da *morte civil*.

A nomeação do Conselho é ato privativo do senhor Secretário da Segurança, podendo indeferir o pedido do Comandante-Geral, com fundamentação publicada oficialmente e transcrita nos assentamentos do representado, quando for *da ativa* (artigo 4º).

A composição e qualificação dos três oficiais que integram o Conselho vêm disciplinada no artigo 5º da Lei 5836/72, devendo funcionar com totalidade de seus membros em local indicado pelo nomeante (artigo 6º).

Os artigos 7º e 8º disciplinam a instauração do Conselho e sua atuação na instrução do procedimento, assegurada ampla defesa própria e técnica, com interrogatório e um quinquídio para as alegações preliminares escritas. Ao justificante entrega-se cópia do libelo acusatório, detalhado relatando os fatos e atos imputados na forma do artigo 1º. Existindo um acusador individual, será ouvido e, posteriormente, o próprio justificante (artigos 9º e 10).

Legalmente, o Colegiado tem prazo de trinta dias para a conclusão dos trabalhos e relatório conclusivo,

### **AQUI**

a contar da nomeação pelo titular da Segurança Pública. Excepcionalmente, a mesma autoridade pode prorrogar, por mais vinte dias, a conclusão dos trabalhos (artigo 11).

Encerrada a instrução, inclusive os pleitos defensivos, o Conselho delibera a procedência da Justificação, ou não, elaborando relatório conclusivo, podendo o vencido declarar seu voto (artigo 12). Segue-se a remessa ao Senhor Secretário da Segurança Pública, através do Comando-Geral.

Recebidos os autos, o titular da pasta tem prazo de vinte dias para o seu despacho. Normalmente, são produzidos pareceres de sua assessoria, destacando-se a Técnico-Policial e Jurídica. A decisão envolve cinco opções, a saber:

I - arquivamento do processo, procedente a justificação;

II - aplicação de pena disciplinar, caso reconhecida prática contravençional ou transgressão disciplinar;

III - transferência para a reserva remunerada, a cargo do Chefe do Poder Executivo, caso o oficial seja declarado *não habilitado para o acesso em caráter definitivo*;

IV - remessa do processo a Juízo Auditor, se a conduta for reputada criminosa;

V - remessa ao Tribunal Militar (STM ou TJM), se culpado for oficial na forma do artigo 2º, incisos I (a, b e c), III e V; O enquadramento no inciso IV do mesmo artigo considera a incapacidade do oficial para permanecer na *ativa* ou *inatividade*.

O despacho do Secretário, julgando procedente a Justificação (o oficial provou sua inocência) é publicado oficialmente e sendo ele *da ativa*, constará de seus assentamentos (artigo 13).

Somente nas hipóteses do inc. V, o feito segue ao Tribunal Militar, na forma do art. 14.

O feito é distribuído a um Relator do Tribunal Militar, abrindo-se prazo de cinco dias para a Defesa, que geralmente, já vem atuando desde a fase “da caserna”, para manifestação escrita a respeito da decisão do Colegiado, em seu Relatório.

Deve o feito ir com vista à Procuradoria de Justiça Militar (RISTM, artigo 125, parágrafo único e RITJM, artigo 129) para oferta de parecer.

Consigne-se que recente orientação da E. Procuradoria Geral de Justiça deste Estado orientou a não atuação ministerial, *por não haver instância instaurada*.

Adianta-se que se trata de procedimento com repercussões no próprio erário público, envolvendo cassação de patente vitalícia, inegavelmente, tutelando-se o

interesse público relevante, impondo-se a intervenção ministerial, na forma do artigo 82 do Código de Processo Civil, inciso III, parte final: “*Compete ao Ministério Público intervir: ... nas demais causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte*”.

Inegavelmente raríssimas causas envolvem interesse público tão evidente, quer pela natureza da lide ou qualidade da parte, quanto à cassação, ou não, de posto e patente de oficial. Daí, não justificar-se a alegação reiterada, ao longo de anos, pela Procuradoria de Justiça Militar, invocando o singelo argumento de não instauração de instância.

Cremos que por ambas as circunstâncias, a exemplo do que ocorre no Superior Tribunal de Justiça, ainda que por provocação do Relator, deveria atuar sempre o Ministério Público, como órgão interveniente tutelar do interesse público relevante que envolve tal procedimento.

Concluída essa fase, o processo é submetido a julgamento (artigo 15).

O Tribunal Militar (STM ou TJM), ou Tribunal de Justiça nos demais Estados, disciplinam a matéria em seus regimentos internos. Julgado provado que oficial é culpado por quaisquer dos incisos e alíneas do artigo 2º, poderá declará-lo incapaz de permanecer *na ativa* ou *na inatividade*, conforme o caso, declarando-o indigno com oficialato ou com ele incompatível. Por via de consequência sobrevém a Perda de Posto e Patente.

Pode ainda aquela Corte determinar a reforma do Oficial no Posto em que se encontra, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

A reforma ou demissão decidida, por ser em grau originário, não enseja recursos ordinários. Publicado o Acórdão, a decisão é encaminhada com o procedimento ao Poder Executivo para expedição de Decreto da cassação, dando cumprimento ao decidido pela Corte (artigo 16).

Como forma de disciplina procedimental, aplicam-se, subsidiariamente, as normas do Código de Processo Penal Militar, desde que pertinentes, evidentemente (artigo 17).

Questão relevante é a do prazo prescricional da ação específica para tal decretação. A regra fundamental (artigo 18) consigna um lapso de 06 (seis) anos computados da data em que os fatos ensejadores da instauração foram praticados (artigo 2º).

Porém, na forma do parágrafo único do mesmo artigo 18, naquelas hipóteses de instauração também previstas no Código Penal Militar (crime militar), a prescrição coincidirá com os prazos estabelecidos no Código Penal Militar.

Assim, temos duas vertentes: nos casos ético-disciplinares a prescrição flui em seis anos, do fato, não se cogitando de interrupções ou suspensões.

Nas hipóteses criminais militares, seguem-se as regras do Código Penal Militar, portanto, com causas interruptivas nele previstas, tanto na pretensão punitiva, quanto executória, admitidas, mesmo as modalidades retroativa e intercorrente.

Observe-se certa tendência de alguns julgados, no sentido de considerar como marco interruptivo a resolução do Senhor Secretário da Segurança instauradora do feito, ou o ofício do Senhor Comandante Geral dirigido àquela autoridade (Representação), bem

como a intimação, pelo juiz relator, para que o justificante apresente defesa na forma do artigo 15.

Há que se considerar que somente a lei pode criar causas interruptivas da prescrição, bem como a Constituição Federal é a única fonte capaz de determinar qualquer imprescritibilidade, a exemplo do contido no artigo 5º, incisos XLII e XLIV, da Lei Maior.

Inúteis assim, as insistentes interpretações em tal sentido, geralmente criadas para evitar iminentes ou concretas prescrições, a pretexto de moralidade administrativa.

A prescrição é um direito do litigante, e só pode ser afastado por previsão constitucional (autêntico direito individual indisponível) ou sofre interrupções e suspensões nas estritas hipóteses legais.

Fora daí, encontramos bizarras construções jurisprudenciais que devem ser afastadas.

Curiosa interpretação em termos de prescrição ocorre quando a condenação criminal provém da justiça comum, já que o artigo 18 só faz referência nos crimes estabelecidos no Código Penal Militar.

Ante a imprevisão legal, parece-nos que a prescrição da ação de perda de posto e patente em razão de condenação pela Justiça Comum deva ser aquela do caput do artigo 18 (seis anos) computados da data do fato criminoso comum.

Felizmente, a instauração do Conselho de Justificação independe da decisão condenatória definitiva, quer se trata de crime militar ou crime comum.

São Instâncias independentes e a decisão relativa a Perda de Posto e Patente, se posteriormente absolvido o justificante, pela Justiça, em sede de primeira instância, recursal ou revisional, implicará em sua reintegração com todos os direitos restabelecidos, como, aliás, proclama a Constituição Estadual, ao cuidar dos servidores públicos militares (artigo 138, §§1º a 6º).

Tamanha relevância do assunto que nos foi permitido abordar, sobre o qual nos debruçamos há quase vinte anos, como Procurador de Justiça entre 1984 e 1994, cumulando sustentações e Pareceres no Tribunal de Alçada Criminal (no primeiro ano) e o Tribunal de Justiça Militar.

Tal convicção pessoal, levou-nos, ainda Membro do Ministério Público, a oficiar a E. Procuradoria Geral de Justiça, no sentido de alertar as promotorias e procuradorias de justiça criminais do Estado, no sentido de encaminharem à procuradoria de justiça militar do nosso tribunal castrense, certidão de trânsito em julgado e documentação respectiva das condenações superiores a dois anos, ou não, naqueles crimes que pudessem ensejar o reconhecimento da indignidade ou incompatibilidade do oficial ou graduado da Polícia Militar.

Certamente, as milhares de decisões nesse sentido, nem sempre chegam ao conhecimento daquela Procuradoria Castrense, impedindo providências ensejadoras da decretação tão salutar ao Estado, ao Erário e à Sociedade.

Ao ensejo, reitero o mesmo clamor, com maior respeito à Instituição que ao longo de vinte e um anos integrei, responsável que foi ela pelo meu acesso ao segundo grau da jurisdição castrense, cuja toga envergo com o mesmo orgulho da beca ministerial.

É o nosso tributo ao berço dos nossos sonhos jurídicos, hoje dirigido superiormente pelo, então, infante Rodrigo Rebello Pinho, filho do nosso sempre mestre, emérito penalista e docente, professor Rui Rebello Pinho, de saudosa e permanente memória.

Permito-me consignar escusas pela superficialidade da abordagem, registrando que a indispensável complementação das minhas falhas será trazida pelo eminente Procurador de Justiça Militar, meu companheiro de tema, Dr. Pedro Falabella Tavares de Lima, com quem me penitencio pelas parcas luzes que trouxe para matéria que ele domina superiormente.

A título de conclusões finais, é de se consignar:

1 - O procedimento do Conselho de Justificação tem natureza judicialiforme, com três fases distintas:

a) aquela que é iniciada com a representação do Senhor Comandante Geral, dirigida ao Sr. Secretário de Segurança, o qual pode, ou não, instaurar o procedimento. Neste caso, a fase inicial se encerra com o relatório do Conselho, encaminhado ao titular da pasta;

b) a segunda fase corre em mãos do mesmo Secretário, com cinco opções, podendo arquivar o feito, considerando o Oficial justificado; aplicar-lhe punição disciplinar; transferi-lo para a reserva remunerada, considerado não habilitado definitivamente para acesso; remessa ao Juízo Auditor, caso considere a conduta como típico criminal; finalmente, remessa ao Tribunal Militar, ou de Justiça, onde não houver aquele, para o julgamento cabível.

c) somente naquela última hipótese, sobrevém a terceira fase do procedimento, distribuído o feito a um Relator e respectivo Revisor; abertura de prazo para a manifestação da Defesa constituída, ou designada, seguindo-se vista à Procuradoria de Justiça e Julgamento pelo Pleno, com relatório, seguido de sustentação oral da Defesa e Procuradoria de Justiça, como *custos legis*. A decisão é tomada por maioria, ou unanimidade, votadas as matérias preliminares, prejudiciais, ou incidentais e finalmente, o mérito.

2 - O julgamento do Conselho de Justificação independe de apreciação dos fatos imputados, ainda que configurem crime, não havendo motivo para sobrestamento da matéria, na espera da decisão criminal. Por se tratar de decisão fundada em conduta ético-disciplinar-administrativo, vige o disposto no artigo 138, §4º, da Constituição Estadual.

3 - Indispensável é a atuação de Defensor técnico habilitado a advogar, não se justificando, constitucionalmente, a defesa por outro Oficial da Polícia Militar, ainda que bacharel em Direito.

4 - Indeclinável é a atuação da Procuradoria de Justiça Militar (onde houver) ou do Ministério Público de Segunda Instância nos Estados desprovidos de Tribunal Militar, mormente em se considerando o mandamento legal do artigo 82 do Código de Processo Civil, exigindo a interveniência ministerial nas causas em que há interesse público evidenciado pela natureza da lide ou qualidade da parte, na redação da Lei nº 9415, de 23.12.1996. Nada é mais relevante nem envolve tamanho interesse público quanto a eventual decretação perda de posto e patente de oficial da Polícia Militar,

inclusive com enormes repercussões no erário público, qualquer que seja a decisão de mérito.

5 - À luz do artigo 18 da legislação regulamentadora do Conselho de Justificação as hipóteses que caracterizam ilícito ético-disciplinar prescrevem em seis anos contados do fato, ou do último deles, conforme sejam apontados no ofício de representação do Comando Geral. A Lei não prevê interrupção de tal lapso prescricional, não podendo *criá-lo* o intérprete. Da mesma forma os casos, cujas condutas constituam *também* crime do Código Penal Militar, prescrevem na conformidade prevista naquele *codex*, portanto, com eventuais interrupções legais. Enquanto não prescrita a pretensão punitiva ou executória criminal, não há falar em prescrição da pretensão contida no Conselho de Justificação.

6 - Face à previsão expressa do parágrafo único do artigo 18 *supra*, entendemos que os crimes do Código Penal comum, quando ensejadores da instauração do Conselho de Justificação devam adotar a prescrição do *caput* do mesmo dispositivo da Lei Especial. A interrupção prescricional só foi permitida para os crimes militares.

7 - Na hipótese de o Conselho, por maioria, ou unanimidade, considerar suas conclusões dentro dos mesmos dispositivos elencados no ofício de representação do Senhor Comandante Geral, não existe necessidade de ser o Justificante *citado*, quando de sua Defesa perante o Tribunal Militar. Porém, havendo alteração daquele libelo inicial, ainda que por aditamento, em nome da ampla defesa e contraditório, deve o Justificante ser *citado*, para ter conhecimento da efetiva imputação divergente entre a inicial representação e as conclusões do próprio Conselho ou do Senhor Secretário de Segurança. Tal exigência funciona diante de autêntica *mutatio libelli*. Caso contrário, dispensável a citação, posto que a imputação inicial é conhecida *a priori*, não constituindo surpresa ao Justificante.

8 - Por não se tratar de pena acessória à condenação criminal, não há necessidade de qualquer imposição de pena superior a dois anos para instauração do Conselho de Justificação. Ela decorre de atos que ferem a ética, a moral, a honra, pundonor e decoro, não necessariamente fato típico criminal.

9 - Sendo um dos objetivos do Conselho de Justificação a perda do posto e patente, somente o Governador do Estado tem autoridade para dar cumprimento à decisão originária do Tribunal Militar (ou de Justiça nos demais Estados). A Carta Patente é ato privativo do Chefe do Poder Executivo, só delegável ao Comando Geral, nas hipóteses legais.

10 - O Justificante, Oficial da Reserva, à época da instauração do Conselho de Justificação, ao sofrer a perda de posto e patente é alvo de autêntica *morte civil*. Seus direitos adquiridos aos proventos serão pagos aos beneficiários previdenciários. Este aspecto constitui reserva moral da Corporação, colocando-o em mãos dos familiares numa quase interdição pela indignidade pela indignidade ou incompatibilidade com o oficialato.

11 - Tanto no relatório do Conselho de Justificação, quanto no Acórdão do Tribunal julgador, havendo voto vencido, não se ensejam embargos infringentes, posto tratar-se de competência originária e não haver previsão legal de tal recurso para a espécie.



O artigo 17 da Lei Especial só permite a aplicação do CPPM, de forma subsidiária, o que não alcança os recursos comuns ao processo penal, pelo menos no entendimento da Corte Bandeirante.

12 - A rigor, a disciplina do procedimento devido e legal, embora não constitua *via rápida*, é dotado de celeridade, já que a Lei prevê um prazo de trinta dias para a conclusão dos trabalhos, pelo Conselho de Justificação. Por motivos excepcionais, ocorre prorrogação de mais vinte dias para tal conclusão. Lamentavelmente, a própria instauração, nem sempre, é imediata e tanto nas duas fases iniciais, quanto nos Tribunais, podem ocorrer dilações desnecessárias, porém evitáveis, fiscalizadas pelo Relator, Revisor e Procuradoria de Justiça. Por se tratar de Direito Constitucional, a perda de posto e patente ou reforma de oficiais exige, além do devido processo legal, o contraditório e ampla defesa. Tudo isto porém, não implica em dilações desnecessárias e protelatórias.

te 13 - A própria Constituição Federal, seguida pela Estadual dá um tratamento específico aos Oficiais, diferentemente daquele dispensado aos Praças, muito embora imponha a ambos, em caso de condenação criminal, o crivo do Tribunal competente, a título de pena acessória, quer por indignidade ou incompatibilidade com o oficialato ou graduação.

14 - Na forma do artigo 16 da Legislação específica, além da perda de posto e patente, pode sobrevir a reforma do oficial (inciso II), com vencimentos proporcionais ao tempo de serviço, hipótese diferente quando o Oficial já é da Reserva. Nesta última situação seus direitos adquiridos são preservados.

15 - Não há invocar-se a revogação da Lei 5836/72, à luz dos efeitos da condenação do Código Penal comum. Este é lei geral e não pode revogar a lei especial, em nome do Princípio da Especialidade. *Lex specialis revogat lege generali*, e não ao contrário.

16 - A versão do Justificante, isoladamente, só pode vir em seu benefício, caso não existam provas outras, em contrário, como consequência da inexistência delas. Não há como invocar-se o Princípio da Presunção de Inocência ou Não-Culpabilidade antecipada, à luz da Constituição, somente aplicável à imposição de penas.

17 - Improcedente a Justificação, o Tribunal competente deve acrescer a eventual perda de medalhas, láureas e condecorações, como consequência da indignidade e ou incompatibilidade para o Oficialato.

18 - Outra recomendação cabível nos Acórdão que decretam tal perda, é no sentido de se fazer inserir no prontuário pessoal do Oficial súmula da decisão transitada em julgado, tornando permanente o registro daquela decisão.

São estes os despreziosos subsídios, fruto de nossa observação e pesquisa, que nos permitimos trazer para a discussão neste plenário e cuja crítica respeitosa será estímulo para reflexões em tais posicionamentos.

**Evanir Ferreira Castilho,**  
**juiz civil do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo**



**O JUIZ FARDADO  
NOS CONSELHOS DA  
JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL**

***Jairo Paes de Lira***



# O JUIZ FARDADO NOS CONSELHOS DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

*Jairo Paes de Lira*

SUMÁRIO: 1 – Introdução. 2 - Justiça Militar Estadual. 3 - Conselhos da Justiça Militar do Estado de São Paulo. 4 - Toga e Farda: Escabinato Hierárquico. 5 - O Juiz Fardado. 6 - Reforma do Judiciário — Perspectivas para o Escabinato. 7 - Considerações Finais. 8 – Bibliografia.

## 1. INTRODUÇÃO

Destina-se este texto a contribuir para a composição dos anais do Seminário Sobre Direito Penal Militar e Processo Penal Militar realizado em 30 e 31 de agosto de 2004, em São Paulo — SP, sob os auspícios da Escola Superior do Ministério Público e da Corregedoria da Polícia Militar do Estado de São Paulo, com o substancial apoio dos magistrados da Justiça Militar deste Estado.

Corresponde à palestra proferida pelo autor, sob o título acima, em 30 de agosto de 2004, sem agregar-se-lhe, no entanto, o teor dos debates que a ela seguiram-se, apesar de sua relevância.

O trabalho lastreia-se nos estudos do autor e em sua experiência profissional, que inclui os períodos em que exerceu a função-título e aqueles em que ensinou Direito Penal Militar Aplicado e Polícia Judiciária Militar, esta última matéria no Curso de Aperfeiçoamento de Oficiais, um dos cursos de pós-graduação da Força Estadual Paulista. O autor funcionou como Juiz Fardado em um Conselho Permanente da 2.<sup>a</sup> Auditoria, em 1985, e em pelo menos quinze Conselhos Especiais, em todas as quatro Auditorias da Justiça Militar de São Paulo.

Face à destinação do trabalho, na verdade exposto no escasso tempo de vinte minutos, em razão da configuração do evento, não contempla ele aspectos históricos, jurisprudenciais ou doutrinários. É a expressão da vivência do autor, de sua visão temática e da letra da lei, nos aspectos mais essenciais dela. Sugere-se, naqueles aspectos, consultar a obra do Dr Ronaldo João Roth, 1.<sup>o</sup> Juiz-Auditor da Justiça Militar paulista, e o texto do Dr Jorge César de Assis, membro do Ministério Público Federal, ambos mencionados na bibliografia.

Devo alertar os leitores de que o texto, no tocante à legislação estadual, fixa-se na de São Paulo. No entanto, serve perfeitamente ao estudioso das Forças Armadas e das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares de outras Unidades Federativas, bastando-lhes examiná-lo à luz das respectivas leis de organização judiciária militar.

Busca o autor oferecer aos leitores, especialmente aos estudiosos e aos operadores civis do Direito, mormente os que pouco ou nada sabem do ramo castrense da Justiça Criminal, uma visão ampla, embora não exaustivamente minudente, sobre o papel do Juiz Fardado temporário e sua atuação nos Conselhos de Justiça, que constituem a primeira instância na Justiça Militar.

## 2. JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

A Justiça Militar, apesar da pecha que certas correntes ideologicamente contaminadas teimam em atirar-lhe, não é justiça de exceção, muito menos, no caso brasileiro, órgão do Executivo: não se atrela, nem se subordina, às instituições militares. Trata-se de uma especialidade da justiça criminal, organicamente inserida, portanto, no Poder Judiciário. Dada a sua natureza especial, no entanto, tem configuração também peculiar, pois seus órgãos são colegiados já em primeira instância, diferentemente do que ocorre na Justiça Penal Comum — ademais, são escabinatos, compondo-se, pois, de Juízes Togados e de Juízes Fardados, vitalícios (no caso dos Tribunais) ou temporários (no caso dos Conselhos). Isso acontece em respeito à finalidade histórica das cortes castrenses, voltadas exclusivamente ao processo e julgamento das pessoas que tenham o status jurídico militar — em nosso País, conforme dispõe a Constituição da República (CR), os membros da Marinha de Guerra, do Exército, da Força Aérea e, no âmbito estadual, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares.

A Justiça Militar Estadual tem, por conseguinte, sua existência devidamente estabelecida na **Constituição da República Federativa do Brasil**, como se transcreve:

**“Art 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.**

**(...)**

**§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos Conselhos de Justiça e, em segundo, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo da polícia militar seja superior a vinte mil integrantes.**

**§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.”**

O legislador estadual de São Paulo, em obediência ao mandamento da Carta Magna, fez cristalizá-lo e explicitá-lo na **Constituição do Estado**, conforme segue, apenas no essencial:

**“Artigo 80 — O Tribunal de Justiça Militar do Estado, com jurisdição em todo o território estadual e com sede na Capital, compor-se-á de sete juizes, divididos em duas câmaras, nomeados em conformidade com as normas da Seção I deste Capítulo <sup>1</sup>, exceto o disposto no art. 60, e respeitado o art. 94 da Constituição Federal, sendo quatro militares Coronéis da ativa da Polícia Militar do Estado<sup>2</sup> e três civis.**

<sup>1</sup> Trata-se do Capítulo IV (Do Poder Judiciário).

<sup>2</sup> No Estado de São Paulo não há Corpo de Bombeiros Militar independente: ele é orgânico da Polícia Militar.

**Artigo 81 — Compete ao Tribunal de Justiça Militar processar e julgar:**

**I — originariamente, o Chefe da Casa Militar, o Comandante Geral<sup>3</sup> da Polícia Militar, nos crimes militares definidos em lei, os mandados de segurança e os ‘habeas corpus’, nos processos cujos recursos forem de sua competência ou quando o coator ou coagido estiverem (sic) diretamente sujeitos a sua jurisdição e às revisões criminais de seus julgados e das Auditorias Militares;**

(...)

**§ 2º Aos Conselhos de Justiça Militar, permanente ou especial (sic), com a competência que a lei determinar, caberá processar e julgar os policiais militares nos crimes militares definidos em lei.**

(...)

**Artigo 82 — (...)**

**Parágrafo único — Os juízes auditores exercem a jurisdição de primeiro grau na Justiça Militar do Estado...”.**

Cabe lembrar que o Tribunal de Justiça Militar, que, nos termos constitucionais, corresponde à permitida segunda instância da justiça criminal castrense estadual, existe em São Paulo desde 1937. No entanto, com o advento da norma quantitativa adotada em 1988 (mais de 20.000 membros como pré-requisito para instituí-lo), não houve problema jurídico algum para mantê-lo, pois a Polícia Militar paulista já contava então com efetivo muito superior ao mínimo exigido pela Lei Maior. Na atualidade, somente os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul possuem Justiça Militar de segunda instância, embora outros, como o do Rio de Janeiro, possam instituir seu próprio Tribunal Castrense. Este e todos os demais, conforme a regra constitucional ou por decisão política nesse sentido, mantêm o respectivo Tribunal de Justiça como instância recursal nas causas penais militares.

Naturalmente, a previsão constitucional a respeito de “**crimes militares definidos em lei**” cristaliza-se em uma lei de caráter penal e especial, o Código Penal Militar (CPM). Trata-se do decreto-lei nº 1.001/1969, que, não obstante sua anterioridade em relação à Constituição de 1988, foi por ela recepcionado, salvo determinados e escassos aspectos e pontos em que o teor da nova Carta Magna derogou-o, não constituindo tais minúcias objeto de estudo neste trabalho.

Por outro lado, a existência de uma Justiça Militar, também penal e especial, cujo propósito constitucional, em essência, é o de “**processar e julgar os crimes militares**” exige, por cristalino corolário, uma lei adjetiva. Trata-se do Código de Processo Penal Militar (CPPM), decreto-lei nº 1.002/1969, nas mesmas condições recepcionado pela Carta de 1988.

---

<sup>3</sup> O autor entende que a grafia correta é Comandante-Geral (palavra composta), mas a Constituição do Estado adota-a como está no texto principal. O mesmo vale para juiz-auditor.

Apenas por excesso de clareza, frise-se que a competência legislativa penal e processual do Brasil, por força das disposições constitucionais pertinentes, especialmente o art 22, I, da Lei Maior, é privativa da União, não existindo, por conseguinte, hipótese de leis dessa natureza em plano estadual. Portanto, as disposições do CPM e do CPPM aplicam-se aos fatos e processos neles previstos, seja o jurisdicionado militar federal ou estadual, ou ainda civil, em raras hipóteses.

O funcionamento processual da Justiça Militar Estadual, então, cinge-se às regras do CPPM, que, em certos aspectos apresentam algum caráter orgânico.

### 3. CONSELHOS DA JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO

Como se viu, pois, a Justiça Militar do Estado de São Paulo, em conformidade com os imperativos e permissivos da Constituição da República (art 125, § 3º), organiza-se, em primeira instância, em Conselhos, cuja jurisdição é abrangente, tanto geograficamente (todo o território do Estado) como em relação aos jurisdicionados. Estes, nos termos da Constituição do Estado de São Paulo (art 81, § 2.º, já transcrito), são os militares estaduais, ativos ou inativos, que venham a praticar infrações penais castrenses no território do Estado. Aí incluem-se, pelo princípio da territorialidade, os policiais militares e bombeiros militares de outras Unidades Federativas, exclusivamente no âmbito criminal militar, por fatos acontecidos no território estadual de São Paulo (STJ, súmula 78).

Cabe esclarecer que esta regra humana de jurisdição está, evidentemente, vinculada ao art 9º do CPM. É este o dispositivo legal que identifica os agentes potenciais de crimes militares. São eles, dependendo das circunstâncias descritas nos diversos incisos do referido artigo, os militares da ativa, os da reserva e também os reformados. A categoria dos **assemelhados**, apesar de sua previsão nas alíneas **a**, **b** e **e** do inciso II do mesmo artigo, não existe no âmbito da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Não se devem confundir com tal categoria os membros do Serviço Auxiliar Voluntário, pois eles são militares enquanto dura sua investidura temporária, de no máximo dois anos.

Tem relevância a difícil questão da extensão da jurisdição castrense a civis, devidamente prevista no mesmo fundamental artigo:

**“Art. 9.º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:<sup>4</sup>**  
**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;**  
**(...)**  
**III — os crimes praticados... por civil, contra as instituições militares...” (grifos do autor).**

A expressão **qualquer que seja o agente** obviamente abrange os agentes civis. Por exemplo, nos crimes contra a segurança externa do País (Parte Especial, Livro I, Título I), sempre que o tipo penal não restrinja o crime a agente militar, como ocorre, entre outros, em relação ao fato típico do art 146 — penetração com o fim de espionagem.

<sup>4</sup> O artigo 10 do CPM trata dos crimes militares em tempo de guerra, mas estes consideram-se não-inclusos na abrangência deste trabalho.



Passa-se, não obstante, deliberadamente, ao largo de tal questão porque, tratando-se de Justiça Militar Estadual, a competência dela restringe-se a “...**processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares...**”, como aclarado anteriormente (CR, 125, § 4º, já transcrito). Ou seja, não se incluem civis entre os jurisdicionados da Justiça Castrense dos Estados.

Do exposto, conclui-se que os jurisdicionados dos Conselhos de Justiça Militar são, nos crimes militares definidos em lei, os militares dos Estados, desde os Soldados até os Coronéis, que constituem o patamar hierárquico mais elevado nas Forças Estaduais.

Há, no entanto, duas exceções, por força do art 81, I, da Constituição Paulista (já transcrito): o Comandante-Geral da Polícia Militar e o Chefe da Casa Militar, ambos os cargos privativos de Coronel, que têm direito a foro privilegiado, pois são processados nos crimes militares, originariamente, pelo Tribunal de Justiça Militar.

Ademais, importa lembrar que a Lei Federal nº 9.299/1996 introduziu parágrafo único no citado art 9.º do CPM, excluindo da jurisdição castrense os crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis, embora mantendo-os como crimes militares, tanto assim que continuaram sob inquisitório marcial para efeito de instrução provisória. A referida lei, em que pese sua **flagrante inconstitucionalidade**, tem prevalecido, diminuindo, por corolário, o universo jurisdicional castrense estabelecido no art 125 da Constituição da República e no art 9.º do Código Penal Militar.

Por outro lado, como se viu, a organização judiciária militar paulista é dada em lei própria (Lei n.º 5.048/1958 — LOJMESP). Essa lei determina a existência de quatro Auditorias na primeira instância da Justiça Militar. Os Conselhos de Justiça funcionam a elas vinculados e são de duas classes, de acordo com o mandamento constitucional estadual anteriormente transcrito (art 81, § 2º): os permanentes e os especiais. Explicitando sua competência, a LOJMESP estatui:

**“Artigo 4.º — Duas são as categorias dos Conselhos de Justiça:  
I — especial, organizado para processo e julgamento de oficiais:  
II — permanente, para processo e julgamento de inferiores e praças.”**

Os Conselhos Permanentes, portanto, têm jurisdição sobre os militares estaduais até o nível hierárquico máximo de Aspirante-a-Oficial. Os Especiais, sobre Oficiais, mas ampliando sua competência a Praças, quando co-réus em processo encabeçado por acusado Oficial.

#### **4. TOGA E FARDA: ESCABINATO HIERÁRQUICO**

A LOJMESP, ao tratar da composição dos Conselhos, determina:

**“Art 4.º (...)**

**§ 1.º — O Conselho Especial compor-se-á do juiz auditor e de quatro juízes militares de patente superior à do acusado, ou da mesma graduação (sic) deste, sob presidência de oficial superior ou do mais antigo no caso de igualdade de posto.**

**§ 2.º — O Conselho Permanente compor-se-á do juiz auditor e de quatro juizes militares, um dos quais deverá ser oficial superior, competindo-lhe a presidência.”**

Constata-se, por conseguinte, que o Conselho de Justiça Militar estadual é o que a maioria dos doutrinadores chama de **escabinato**, isto é, um órgão judiciário conciliar, composto de magistrado togado e de juizes não-oriundos dos quadros da magistratura de carreira (no caso, temporários e ligados à profissão dos jurisdicionados). Não se trata, como adverte Roth na obra mencionada, de meros conselhos de sentença, como os tribunais de júri, nem de colegiados semiclassistas, como os que funcionam na Justiça do Trabalho. No caso de São Paulo, a Lei de Organização Judiciária Militar estabelece em cinco o número de membros dos Conselhos, sendo um Auditor (a Toga) e quatro Oficiais (a Farda).

Apesar da pobreza redacional do texto da lei, cujo § 1.º, algo confuso, atribui a expressão **gradação** à situação hierárquica de Oficiais, quando tal palavra aplica-se, e mesmo na época do advento da LOJMESP já se aplicava, aos graus hierárquicos de Praças, fica claro que o Juiz-Auditor é membro necessário de todos os Conselhos em funcionamento em sua respectiva Auditoria. Outra não poderia ser a disposição legal, já que o Auditor (designativo consagrado no texto da Lei Maior, 123, II) exerce a jurisdição natural de primeira instância, ao abrigo das garantias de inamovibilidade, vitaliciedade e irredutibilidade de subsídios, como se deflui, com suficiente clareza, da Constituição do Estado, no art 82, parágrafo único, anteriormente transcrito. O texto da LOJMESP resulta também, malgrado as deficiências citadas, suficientemente claro quanto à natureza ainda mais peculiar desse tipo de escabinato: sua composição rigidamente hierárquica. Com efeito, não pode ocorrer que subordinado venha a julgar superior, pois isso é uma inviabilidade da lei, que com total coerência adota o **fundamento constitucional castrense** da hierarquia. E, mesmo nas raras hipóteses em que os membros militares do Conselho sejam de mesmo patamar hierárquico do acusado de maior posto (por exemplo, quando um Especial forma-se para processar e julgar um Coronel, por não haver patente superior, como se observou, nas Forças Estaduais), deverão, por esse imperativo legal, ser, todos, mais antigos do que o réu de mais elevado grau na hierarquia militar. Como se vê, o Juiz Fardado de primeira instância só pode ser escolhido, seguidas as regras legais de sorteio, entre os que sejam, genericamente falando, superiores do acusado. Curiosamente, de certa forma, o réu de maior posto condiciona a composição do Conselho. Não que isso o favoreça, antes pelo contrário, mas é sua patente militar o fator que determina o nível hierárquico dos Juizes Fardados.

## **5. O JUIZ FARDADO**

Uma das questões mais candentes da atualidade, cujo debate tem sido, freqüentemente, marcado por paixão, contaminação ideológica e carência de conhecimento, é a razão da existência do Juiz Fardado na Justiça Militar. Certos setores apegam-se, entre outros, a esta peculiaridade para tirotear aquilo que insistem em qualificar de “justiça de exceção”. Não é propósito do autor debater em profundidade o assunto,

tarefa que coube a ilustres palestrantes no seminário e certamente encontra-se esmiuçada nos Anais do encontro temático.

Importa, no entanto, mencionar que a razão mais essencial, coerente com a própria História da Justiça Marcial, é o fato de que ela foi instituída para julgar pessoas sujeitas a regime de dever especial, caracterizado por exigência de conduta rigidamente disciplinada e por sujeição constante a intervenções de alto risco. O exercício das profissões d'armas envolve, não raro, decisões de vida ou morte, que devem ser tomadas em fração de segundo, daí resultando, em bases muito comuns, submissão dos militares (e, em tempo de paz, muito especialmente os policiais militares) a processos criminais, no cumprimento de sua missão constitucional. Por outra ótica, aqueles que violam o juramento de bem servir, devido ao conhecimento profundo que têm de sua profissão, poderiam com relativa facilidade turbar a análise realizada por civis pouco afeitos a tais missões. Assim, a existência do Juiz Fardado nos Conselhos constitui-se em dupla garantia: ao acusado, de julgamento dotado de equidade, face às inegáveis peculiaridades e aos elevados riscos jurídicos de seu ofício; à sociedade, de controle jurisdicional adequado em relação aos que detêm o poder das armas.

Creio que a melhor forma de conceituar a participação do Juiz Fardado nos Conselhos de Justiça Militar possa deste modo resumir-se: **plenitude na temporariedade**. Com efeito, o CPPM estabelece o seguinte, ao tratar do conceito jurídico de juiz:

**“Art. 36 (...)**

**§ 1.º Sempre que este Código se refere a *juiz* abrange, nesta denominação, quaisquer autoridades judiciárias, *singulares ou colegiadas*, no exercício das respectivas competências atributivas ou processuais.”** (grifos do autor).

Em consonância com tal disposição, axial na lei adjetiva, o mesmo Código estatui em grande número de artigos as ditas **competências atributivas e processuais** do Conselho, podendo-se citar, como principais, os seguintes: 300, 385 a 387, 389 a 390, 395, 399, 400, 402 a 403, 418, 422, 424 a 426, 429 a 442, 455, 457, 462 a 463, 509 a 510, 516, 520 e 716. Em todos eles, cristalino fica que as enfatizadas competências são quase sempre colegiadas, o que confere ao Juiz Fardado participação equivalente à do Juiz-Auditor em praticamente todas as fases do processo, como mais adiante este texto busca esmiuçar.

Note-se, em outra vertente, que essas prerrogativas do Juiz Fardado existem apenas em relação à sua inserção no Conselho, ao contrário das do Auditor, que em caráter permanente dispõe das mesmas, ademais alicerçadas nas garantias constitucionais de vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios. Portanto, a **plenitude temporária** jurisdicional do Juiz Fardado deve-se assim entender: o de Conselho Permanente, durante o trimestre de exercício, desde o compromisso até a exoneração, estritamente em suas atividades judiciais na Auditoria em que funcione; o de Conselho Especial, desde o compromisso até a sentença, estritamente em sessão.

Ora, fica evidente que o Juízo Castrense de primeira instância necessita de uma vida diária, regular, que abarca até mesmo certos aspectos administrativos. Levando-se principalmente em conta o caso do Conselho Especial, vinculado a um processo

mas não à regularidade da Auditoria, resulta lógico e coerente concluir que essa gestão de rotina, a que o autor denomina **jurisdição orgânica e cotidiana** da Auditoria e de cada um de seus Conselhos, depende do Juiz Togado e por ele é exercida. Aliás é o que se depreende do já transcrito dispositivo da Constituição do Estado (art 82, parágrafo único), em estreita correlação com outro, do CPPM, que a seguir transcreve-se:

**“Art. 390 – O prazo para a conclusão da instrução criminal é de cinqüenta dias, estando o acusado preso, e de noventa, quando solto, contados do recebimento da denúncia.**

(...)

**§ 5º - Salvo o interrogatório do acusado, a acareação nos termos do art. 365 e a inquirição de testemunhas, na sede da Auditoria, todos os demais atos da instrução criminal poderão ser procedidos perante o auditor, com ciência do advogado, ou curador, do acusado e do representante do Ministério Público.”**

Verifica-se, portanto, que a lei adjetiva, que, como já enfatizado, apresente aspectos orgânicos, soluciona a questão da jurisdição cotidiana, deferindo-a ao Auditor, mas assegura a **participação necessária** do Juiz Fardado em atos instrutórios essenciais do processo: o interrogatório, a inquirição<sup>5</sup> e a acareação. Ademais, a mesma lei impõe a **participação plena** do Conselho, como não poderia ser diferente, no ato de compromisso (geralmente executado imediatamente após a posse) e na sessão de julgamento, que deve ser permanente (CPPM, 436). Vejam-se os dispositivos que dão lastro a esta afirmação:

**“Art. 400 – Tendo à sua direita o auditor, à sua esquerda o oficial de posto mais elevado ou mais antigo e, nos outros lugares, alternadamente, os demais juizes, conforme os seus postos ou antigüidade, ficando o escrivão em mesa próxima ao auditor e o procurador em mesa que lhe é reservada — o presidente, na primeira reunião do Conselho de Justiça, prestará em voz alta, de pé, descoberto, o seguinte compromisso: ‘Prometo apreciar com imparcial atenção os fatos que me forem submetidos e julgá-los de acordo com a lei e a prova dos autos.’ Esse compromisso será também prestado pelos demais juizes, sob a fórmula: ‘Assim o prometo’.**

(...)

**Art. 431 – No dia e hora designados para o julgamento, reunido o Conselho de Justiça e presentes todos os seus juizes e o procurador, o presidente declarará aberta a sessão e mandará apresentar o acusado.”** (grifos do autor)

<sup>5</sup> Na opinião do autor, embora a lei não o mencione, a inquirição do ofendido (CPPM, 311 a 313) deve também ser feita perante o Conselho, pois a natureza desse ato processual é por demais similar à da inquirição de testemunhas e seu valor para a formação do livre convencimento de todos os juizes é quase de mesmo peso. De fato, pode ser até mais relevante, como ocorre, por exemplo, nos crimes sexuais sem testemunha visual.

Ponto relevante, não obstante a participação necessária dos Juízes Fardados nos atos instrutórios acima mencionados, é o **quorum funcional** do Conselho. Ele é de maioria, não de plenitude, como se constata do seguinte dispositivo do CPPM:

**“Art 390 (...)**

**(...)**

**§ 6º — Para os atos probatórios em que é necessária a presença do Conselho de Justiça, bastará o comparecimento da sua maioria. Se ausente o presidente, será substituído, na ocasião, pelo oficial imediato em antigüidade ou em posto.”**

Portanto, nas sessões de interrogatório, inquirição e acareação, pode o Conselho de Justiça Militar funcionar com três membros. Por outro lado, um deles há de ser o Auditor, que, como titular da jurisdição orgânica e cotidiana é partícipe obrigatório de todos os atos processuais. O texto do dispositivo acima é algo dúbio, nesse sentido, mas o entendimento sistêmico do CPPM resolve possível dúvida, ao impor, por exemplo, que as perguntas aos declarantes sejam feitas pelo Auditor e por ele ditadas ao escrivão, sem embargo do direito que têm os Juízes Fardados de fazer as perguntas em seu entender necessárias ao esclarecimento da verdade (CPPM, 300, § 2.º). Apesar do permissivo legal em exame, entende o autor que o Conselho deva apresentar-se pleno em todos os atos instrutórios, salvo imperativo incontornável e justificável perante a lei, pensamento que mais adiante fundamentará.

Sendo, como é, juiz, o membro militar do Conselho de Justiça deve atuar com independência. A própria lei adjetiva assim exige, como se vê do seguinte dispositivo:

**“Art. 36 – O juiz proverá a regularidade do processo e a execução da lei, e manterá a ordem no curso dos respectivos atos, podendo, para tal fim, requisitar a força militar.**

**(...)**

**§ 2º - No exercício das suas atribuições, o juiz não deverá obediência senão, nos termos legais, à autoridade judiciária que lhe é superior.”**

Enfatize-se que a obediência mencionada pelo CPPM depende das disposições do próprio Código e das leis de organização judiciária militar, mas nada tem que ver com o livre convencimento. Em relação a este, o Juiz Fardado, bem como o Togado, devem obediência apenas à própria e **imparcial consciência, de acordo com a lei e com a prova dos autos**, conforme consta do compromisso que proferem (CPPM, art 400, já transcrito). No pitoresco dizer de Assis, também citado por Roth (obras mencionadas), o Juiz Fardado **“não deverá permanecer inerte, em posição de sentido (...) não deve se manifestar monossilabicamente (...) é juiz, questiona, analisa, tira dúvidas, decide.”**. Feliz modo, referindo-se à postura militar mais representativa do fundamento constitucional da hierarquia, encontra aquele estudioso para afirmar a independência do Juiz Militar de primeira instância.

Por outro lado, a lei reserva ao Juiz Fardado, como visto, a honrosa, mas pesada, responsabilidade de presidir o Conselho. Tal encargo produz deveres de extrema e

delicada importância ao Juiz Fardado presidente. Por exemplo, pode ele, pelo fato de votar por último (CPPM, 435), ter de proferir Voto de Minerva, decidindo, em determinadas situações não tão raras, por absolver ou condenar, como se juiz singular fosse. Ademais, cabe-lhe a polícia e a disciplina das sessões instrutórias e de julgamento, fato que lhe confere autoridade incontroversa sobre partes, funcionários e assistentes. Para avaliar o nível dessa responsabilidade, basta lembrar que a Constituição de 1988 derogou parcialmente o artigo 434 do CPPM, extinguindo a deliberação secreta do Conselho na sessão de julgamento: assim, tal ato processual, com todos os seus contornos de tensão e de disputa, que podem produzir debates ásperos, reação de revolta ante uma sentença condenatória ou manifestações coletivas do público, tem seu manejo, em termos de assecuração da ordem, confiado ao Juiz Fardado presidente.

Nunca será demasiado insistir num ponto fundamental: o Juiz Fardado, face aos atributos antes esmiuçados, não pode contentar-se em proferir voto de mera aquiescência em relação ao voto do Juiz-Auditor. Seu voto deve ser **motivado**, exatamente como sempre será o do Juiz Togado, ainda que concordante com este em mérito (portanto em tipo de decisão) e em pena, quando condenatório for. Assim sendo, no momento crucial de julgar, quintessência do dever de jurisdição, o Juiz Militar deverá:

**Quanto ao livre convencimento em sentido amplo**, observar os seguintes dispositivos do CPPM:

**“Art. 437 – O Conselho de Justiça poderá:**

**a) dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público em alegações escritas e a outra parte tenha tido a oportunidade de respondê-la;**

**b) proferir sentença condenatória por fato articulado na denúncia, não obstante haver o Ministério Público opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravante objetiva, ainda que nenhuma tenha sido argüida.**

(...)

**Art. 438 – A sentença conterà:**

(...)

**c) a indicação dos motivos de fato e de direito em que se fundar a decisão;**

**d) a indicação, de modo expresse, do artigo ou artigos de lei em que se acha incurso o acusado;”**

**Quanto ao livre convencimento por absolvição**, orientar-se pelos seguintes dispositivos do CPPM:

**“Art. 439 – O Conselho de Justiça absolverá o acusado, mencionando os motivos na parte expositiva da sentença, desde que reconheça:**

**a) estar provada a inexistência do fato, ou não haver prova da sua existência;**

- b) não constituir o fato infração penal;
- c) não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal;
- d) existir circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade ou imputabilidade do agente (arts. 38, 39, 42, 48 e 52 do Código Penal Militar);
- e) não existir prova suficiente para a condenação;
- f) estar extinta a punibilidade.”

Quanto ao livre convencimento por condenação, determinar-se pelos seguintes dispositivos do mesmo Código:

**“Art. 437 – O Conselho de Justiça poderá:**

a) dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público em alegações escritas e a outra parte tenha tido a oportunidade de respondê-la;

b) proferir sentença condenatória por fato articulado na denúncia, não obstante haver o Ministério Público opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravante objetiva, ainda que nenhuma tenha sido argüida.

(...)

**Art. 440 – O Conselho de Justiça ao proferir sentença condenatória:**

a) mencionará as circunstâncias apuradas e tudo o mais que deva ser levado em conta na fixação da pena, tendo em vista obrigatoriamente o disposto no art. 69 e seus parágrafos do Código Penal Militar;

b) mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no citado Código, e cuja existência reconhecer;

c) imporá as penas, de acordo com aqueles dados, fixando a quantidade das principais e, se for o caso, a espécie e o limite das acessórias;”

Tendo como arsenal intelectual o conhecimento técnico adquirido em sua formação jurídica na Academia do Barro Branco, tomando como farol objetivo os dispositivos transcritos e adotando como luz ética a consciência do dever de fazer justiça, animado que é da centelha divina inspiradora do homem<sup>6</sup> de bem, o Juiz Fardado dificilmente errará.

Não deve, exatamente por essa razão, ao proferir voto condenatório, angustiar-se com a possível dificuldade representada pela diversidade de penas. A independência de seus atos processuais estende-se à aplicação da reprimenda, observadas

<sup>6</sup> Neste contexto, ser humano, homem ou mulher.

as prescrições acima. Sabiamente, a lei adjetiva castrense resolve a questão da falta de consenso, quando esta inviabiliza maioria, da forma que segue:

**“Art. 435 – O presidente do Conselho de Justiça convidará os juízes a se pronunciarem sobre as questões preliminares e o mérito da causa, votando em primeiro lugar o auditor; depois, os juízes militares, por ordem inversa de hierarquia, e finalmente o presidente.**

**Parágrafo único – Quando, pela diversidade de votos, não se puder constituir maioria para a aplicação da pena, entender-se-á que o juiz que tiver votado por pena maior, ou mais grave, terá virtualmente votado por pena imediatamente menor ou menos grave.”**

Em suma, o CPPM adota a solução do voto salomônico, ou voto médio, no que em certa medida invade a esfera penal. Isto posto, a lei evita que uma discordância tão importante entre juízes venha a provocar injustiça, seja pela exacerbação, seja pela minoração indevida, da pena. O cálculo, nessas circunstâncias, é aspecto técnico que exige, em especial, o conhecimento técnico-jurídico do Auditor, mas deve ser declarado em posição unânime, sendo rara, mas não impossível, uma falta de consenso também a respeito de tão crucial ponto. Recomenda-se, para aprofundado estudo, a leitura da obra citada de Roth, que a esse respeito cita Célio Lobão.

Ainda no tocante à independência, o Juiz Militar, em caso de voto vencido, dispõe da mesma faculdade concedida ao Juiz Togado, isto é, a de declarar justificadamente seu voto, conforme o CPPM expressamente dispõe:

**“Art. 438 – A sentença conterà:**

**(...)**

**§ 2º - A sentença será redigida pelo auditor, ainda que discorde dos seus fundamentos ou da sua conclusão, podendo, entretanto, justificar o seu voto, se vencido, no todo ou em parte, após a assinatura. O mesmo poderá fazer cada um dos juízes militares.”** (grifo do autor).

Declarar e justificar um voto vencido não é, pois, ato que deva sujeitar-se à hierarquia militar, nem à hierarquia do conhecimento, quando exista. Trata-se de expressão de independência, que assegura, ainda, elementos adicionais de convicção ao Ministério Público ou à defesa, ou a ambos, em possível apelação. Tem relevância frisar que a lei, ao estipular que os votos sejam proferidos em ordem inversa de hierarquia (CPPM, 435, caput, já transcrito), visa certamente a dar aos Juízes Fardados de patente inferior à do presidente maior capacidade de exercitar sua independência, visto não deverem, eventualmente, contrariar um voto anteriormente proferido por superior hierárquico.

Ao falar de pena, em outra mão, importa lembrar que o conhecimento jurídico do Juiz Fardado não deve esgotar-se no domínio processual. Em tão decisivo momento, exige-se dele adequado manejo do CPM, especialmente no tocante ao art 69 e parágrafos, mas estendendo-se à integralidade do Título V da Parte Geral da lei substantiva castrense. No referente às penas acessórias, o Juiz Fardado deve lembrar-se de



que as que acarretam exoneração compulsória não mais podem ser impostas em primeira instância, face à regra da parte final do artigo 125, § 4.º, da Constituição da República.

## 6. REFORMA DO JUDICIÁRIO — PERSPECTIVAS PARA O ESCABINATO

A pressão política por uma reforma do Judiciário, que segundo seus partidários, será a panacéia para os problemas desse importante Poder Republicano, vem sendo marcada por açodamento e posturas ideológicas. No bojo dela, propõem-se profundas alterações na Justiça Militar, que poderão traduzir-se em três efeitos constitucionais principais. Por ordem crescente de gravidade, são os seguintes: manutenção dos Conselhos apenas para processo e julgamento de crimes propriamente militares; extinção dos Conselhos; extinção da Justiça Militar dos Estados.

Na primeira hipótese, um subproduto da modificação seria a presidência do Conselho pelo Juiz-Auditor. Ocorre que o conceito de **crime propriamente militar** é um dos problemas mais tormentosos em que se debatem, há décadas, a doutrina e a jurisprudência, sem obtenção pacífica de solução. Pode-se imaginar a confusão que a alteração traria, a avalanche de conflitos de jurisdição a exigir recurso ao Superior Tribunal de Justiça, com inevitáveis prejuízos aos jurisdicionados e à sociedade.

Na segunda hipótese, o Juiz-Auditor passaria a ter a mesma atuação do juiz singular na Justiça criminal comum, daí defluindo, por lógica, que a alteração consagraria definitivamente a competência do júri para processar e julgar militares por crimes dolosos contra a vida, mesmo “inter militis”, ampliando pois, em muito, a abrangência da exceção (hoje inconstitucional, repita-se) trazida pela lei federal n.º 9.299/1996.

Na última hipótese, restaria atingida a real meta dos detratores da Justiça Militar Estadual: sua abolição, sob a pecha de “justiça de exceção”. Naturalmente, vencida tal etapa, o próximo alvo seria a Justiça Militar Federal, mas a seu tempo, de acordo com a estratégia dos conhecidos inimigos, lenta, gradual, mas asfixiante: o garrote vil do poder totalitário.

O autor crê que nenhuma dessas propostas atende ao interesse público. Muito menos garante justiça aos militares, face às agruras, já esmiuçadas, da profissão das armas. Mas os cenários à frente apontam para “capitis diminutio” da Justiça Militar, tão injustiçada pela falaciosa avaliação que dela fazem certos poderosos segmentos do poder político atual.

## 7. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Juiz Fardado é essencial à aplicação equânime de justiça, no âmbito castrense. Dotado da mesma independência e do mesmo peso decisório do Juiz Togado, a lei assegura-lhe deslindar a causa criminal por livre convencimento, fundado nas provas e na letra da lei. No entanto, para bem exercer esse grau de jurisdição, o Juiz Militar há de dotar a si mesmo da consciência do dever de participar ativa e intensamente de todos os atos instrutórios e, conseqüentemente, de conhecer em extensão e profundidade todos os processos em que atue. Não é por outro motivo que o autor tem insistido na tese de que o Conselho deve funcionar sempre com a totalidade de seus membros

militares. Ausência do Juiz Fardado a qualquer das sessões de instrução do processo é fato que pode acontecer, face às peculiaridades da profissão: repentina e grave perturbação da ordem pública, por exemplo. Mas deve ser admitida apenas em tais raras e graves hipóteses, isto é, as causadas por motivo legal e invencível. Caso contrário, surge o risco de que o Juiz Fardado não consiga cumprir os requisitos acima listados e, por esse motivo, não ofereça à Justiça o melhor de seus serviços ou, pior, julgue mal. Para reforçar essa assertiva, cabe lembrar que, diferentemente do que ocorre no Conselho Especial, não vige no Conselho Permanente o princípio da identidade física entre Juiz Militar e processo, em vista da substituição trimestral do colegiado. Por corolário, caso deixe de aplicar-se ao estudo de todos os processos em andamento, tão logo assumo o cargo, o membro militar de Conselho Permanente sujeita-se ao risco de ter de julgar, de inopino, um caso que não conheça. Escusado comentar o óbvio risco de injustiça, em tais circunstâncias.

Pelas mesmas razões, não pode um Oficial esquivar-se de servir como juiz temporário. Ao contrário, deve receber a comunicação do sorteio de seu nome como uma oportunidade a mais — e rara — de aperfeiçoamento profissional e de serviço à causa pública. O múnus público em questão é, para um Oficial, elevada honra, que não lhe cabe rejeitar, mas aceitar com orgulho e decisão de bem servir, em apreço à importância da missão e à importância fundamental da Justiça Militar. A função jurisdicional, ainda que em caráter temporário agrega valor à carreira d'armas e dignifica sobremaneira o Oficial que saiba exercê-la com competência, dedicação plena, ética, valor e consciência de dever. Estas, aliás, são exatamente as características mais marcantes de todo bom Juiz de Direito.

O Juiz-Auditor constitui o arcabouço jurídico do Conselho, mas o Juiz Fardado assegura, na jurisdição de primeira instância, a equidade do julgamento, frente às peculiaridades da espinhosa profissão militar.

**Jairo Paes de Lira,**  
**coronel de Polícia Militar, comandante do Policiamento Metropolitano**

## BIBLIOGRAFIA

- ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA DO ESTADO DE SÃO PAULO (org.). Constituição do Estado de São Paulo Anotada. São Paulo, IMESP, 2002.
- ASSIS, Jorge César de. Os Conselhos de Justiça Militar, in Direito Militar, ano IV, n.º 20: Florianópolis, AMAJME, nov/dez 1999.
- ESTADO DE SÃO PAULO. Lei n.º 5.048, de 22 de dezembro de 1958. Dispõe Sobre a Organização da Justiça Militar do Estado de São Paulo e Dá Outras Providências. São Paulo, IMESP, 2004.
- OLIVEIRA, Juarez de (org.). Código de Processo Penal Militar, 9.ª ed. São Paulo, Saraiva, 1995.
- OLIVEIRA, Juarez de (org.). Código Penal Militar, 9ª ed. São Paulo, Saraiva, 1995.
- OLIVEIRA, Juarez de (org.). Constituição da República Federativa do Brasil, 16.ª ed. São Paulo, Saraiva, 1997.
- ROTH, Ronaldo João. Justiça Militar e as Peculiaridades do Juiz Militar na Atuação Jurisdicional. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

**CRIME MILITAR E  
CRIME COMUM. CONCEITOS  
E DIFERENÇAS.**

***Jorge César de Assis***



# CRIME MILITAR E CRIME COMUM. CONCEITOS E DIFERENÇAS<sup>1</sup>

*Jorge César de Assis*

## 1. INTRODUÇÃO AO DIREITO MILITAR

A presente análise – ligeira - pretende estabelecer uma abordagem sobre o crime militar em relação ao crime comum, tão ampla quanto possível, tão didática quanto necessária.

A bem da verdade, o estudo e a discussão do Direito Penal Militar no Brasil engatinham se comparados com a atenção que é dada aos demais ramos do direito.

Todavia, esta falta de atenção para com o direito penal castrense não é apanágio só do Brasil. Assim, conforme nos informam Eugênio Raúl Zaffaroni e Ricardo Juan Cavallero ao pretender delimitá-lo, “en torno del derecho penal militar argentino se han producido vários malentendidos y, en general, dado que está parcial o deficientemente estudiado en nuestras universidades” .<sup>2</sup>

Tratando da mesma problemática na Espanha, Mariano y Aragon nos passa a mesma impressão ao afirmar que “la postura de España contrasta con la de otros países, según explica HIGUERA GUIMERA, pues por ejemplo, en Italia esta disciplina se incluye en los <Planes de estudio> de la carrera de derecho; pero en España no aparece ni como < facultativa>. En el panorama de hoy, en nuestra patria, no parece fácil que se pueda corregir este tradicional abandono Del estudio de esta rama de la < Enciclopedia Jurídica>”<sup>3</sup>.

Lembra Ronaldo João Roth “que no Brasil, no período de 1925 a 1930, o ensino do Direito Militar no quinto ano do Curso de Direito era obrigatório por lei, tornando-se, com a reforma da lei do ensino, facultativo. Mesmo assim, a Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, um dos primeiros Cursos de Direito no Brasil, ao lado da Faculdade de Direito de Recife, ambos instituídos pela Lei de 11.8.1827, manteve essa matéria no currículo do Curso de Direito até idos de 1936, registrando-se que durante vários anos ela foi ministrada pelo professor e jurista Basileu Garcia”.<sup>4</sup>

Entre nós existe atualmente um consenso sobre a necessidade de maior divulgação do direito penal militar. Diríamos, entretanto, que o período pós Constituição Federal de 1988 abriu um novo marco de publicações acerca deste direito penal especial no Brasil.

---

<sup>1</sup> Palestra apresentada no “Seminário de Direito Penal e Processual Penal Militar”, realizado pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, Auditório da Associação Brasil Soka Gakkai Internacional, São Paulo, 30 de agosto de 2004.

<sup>2</sup> Derecho Penal Militar. Lineamentos de la Parte General, Ediciones Jurídicas Ariel, Buenos Aires, 1980, p.3

<sup>3</sup> Ayer y Hoy de la Jurisdicción Militar en España. Real Academia de Legislación y Jurisprudencia, Sevilla, 2003, p.30

<sup>4</sup> Justiça Militar e as Peculiaridades do Juiz Militar na atuação Jurisdicional, Editora Juarez de Oliveira, São Paulo, 2003, p.72.

A ameaça sempre presente e injusta de extinção da Justiça Militar, acentuada na Assembléia Constituinte, depois ressurgida na Revisão Constitucional de 1993, e presente ao longo da controversa Reforma do Poder Judiciário brasileiro, que se arrasta pelo Congresso Nacional há mais de 12 anos teve, entretanto, em nível de Justiça Militar um efeito aglutinador de defesa e esclarecimento da sociedade, seja a nível federal, seja em nível dos Estados e do Distrito Federal, daí resultando desde então um número cada vez maior de eventos acerca deste importante tema, inclusive alguns de nível internacional.

Algumas faculdades aqui e ali, já passam a prever o direito penal militar como disciplina optativa, sendo que a Universidade Federal de Santa Catarina a apresenta em seu currículo na Disciplina Direito Penal IV, conforme noticia novamente Ronaldo Roth.<sup>5</sup>

Feita esta introdução, que consideramos necessária, nos ocuparemos agora do objeto desta Justiça Especializada – o direito penal militar e, dentro dele, do crime militar, e sua relação com o ilícito comum.

Na correta expressão de Jorge Alberto Romeiro, “o direito penal militar é um direito penal especial, porque a maioria de suas normas, diversamente das de direito penal comum, destinadas a todos os cidadãos, se aplicam exclusivamente aos militares, que têm especiais deveres para com o Estado, indispensáveis à sua defesa armada e à existência de suas instituições militares”.<sup>6</sup>

## 2. CRIME MILITAR E CRIME COMUM

O conceito de crime militar ainda é o da doutrina, sendo certo que tal definição é difícil e não raras vezes a jurisprudência aponta para decisões conflitantes sobre quando e como ocorre esta figura delitiva.

Para o jurista chileno Jorge Mera Figueroa, “en la doctrina actual existe un amplio consenso en el sentido de que el delito militar es un delito especial que se integra con dos elementos copulativos que lo caracterizam y distinguen de los delitos comunes: la naturaleza militar del bien jurídico protegido, a saber un bien jurídico de carácter castrense, y la calidad militar del autor, que infringe sus deberes militares, esto es, los que corresponden en tanto miembro de las Fuerzas Armadas”.<sup>7</sup>

Julio Fabbrini Mirabete já apontava de há muito que, “árdua por vezes é a tarefa de distinguir se o fato é crime comum ou militar, principalmente nos casos de ilícitos praticados por policiais militares”.

Em edição atualizada da obra de Mirabete, Renato N. Fabbrini anotou acerca dessa afirmação do saudoso Mestre que “pela nova Constituição, compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei (art. 124, *caput*), ou seja, os previstos no Código Penal Militar. Assim, inserido o crime em outra lei, afasta-se a competência dessa Justiça especial”.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Ob. citada, p.72 e 73.

<sup>6</sup> Curso de Direito Penal Militar – Parte Geral, Saraiva, São Paulo, 1994, p. 4.

<sup>7</sup> La Parte Especial del Derecho Penal Militar Chileno. Bases Programáticas para su Reforma Integral. Hacia una Reforma de la Justicia Militar, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2002, p.14.

<sup>8</sup> Manuel de Direito Penal, Parte Geral, 21ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2004, p.137

A anotação não foi precisa já que a hipótese de um fato estar previsto tanto no Código Penal Militar como na legislação penal comum caracteriza o crime impropriamente militar cuja competência num primeiro momento é da Justiça Militar, pelo princípio da Especialização, e a remissão a ela (a anotação) é feita apenas para se aquilatar a dificuldade que encontra o jurista pátrio não afeito às lides da caserna para a exata compreensão do que seja o crime militar em relação com o crime comum.

A necessidade de se compreender o crime militar deriva atualmente da Carta Magna, a qual, referindo-se aos crimes propriamente militares, os excepcionou da necessidade do estado de flagrância ou da ordem da autoridade judiciária competente para a execução da prisão de seu autor.

No crime propriamente militar a autoridade militar poderá prender o acusado sem que este esteja em flagrante delito e mesmo sem ordem judicial, situação impossível de se imaginar em relação ao crime comum.<sup>9</sup>

Assim, se a Constituição Federal reconhece a existência de crime militar próprio (ou propriamente militar, ou puramente militar), a conseqüência daí decorrente é a existência do seu correspondente impróprio (ou impropriamente militar)<sup>10</sup>.

Esta distinção se faz mais necessária se atentarmos que o Código Penal comum, ao tratar da reincidência em seu art. 64, II, exclui, do seu cômputo, ao lado dos crimes políticos, os crimes militares próprios.

Daí porque necessário distingui-los tão acertadamente quanto possível.

Em uma definição bem simples poderíamos dizer que crime propriamente militar é aquele que só está previsto no Código Penal Militar, e que só poderá ser cometido por militar, como aqueles contra a autoridade ou disciplina militar ou contra o serviço militar e o dever militar. Já o crime impropriamente militar está previsto ao mesmo tempo, tanto no Código Penal Militar como na legislação penal comum, ainda que de forma um pouco diversa (roubo, homicídio, estelionato, estupro etc.)<sup>11</sup> e via de regra, poderá ser cometido por civil.<sup>12</sup>

<sup>9</sup> São exemplos clássicos desta possibilidade a captura e a prisão do desertor, e a colocação sob menagem forçada do insubmisso. Da mesma forma, durante a investigação policial militar, o encarregado do IPM poderá efetuar a detenção cautelar do indiciado que cometer crime militar próprio, por até 30 dias, sem necessidade de ordem da autoridade judicial competente, que deverá, entretanto ser comunicada.

<sup>10</sup> Jorge Alberto Romeiro lembrou que os as designações crimes puramente militares e crimes propriamente militares provém da legislação mais antiga, e já revogada, que os aludiam sem dizer em que consistiam, e que a vigente se refere a crime propriamente militar e crimes militares próprios, também sem dizer o que sejam. E, que, embora sem os definir nossos vigentes diplomas legais atribuem aos crimes propriamente militares relevantes efeitos jurídicos. Ob.citada, p.66 e 67.

<sup>11</sup> Chrisólito de Gusmão há quase um século já criticava acentuadamente os crimes impropriamente militares, os quais chamava de mixtos, afirmando que sua existência não encontrava justificativa de modo algum. Questionava o autor em que o furto, a apropriação indébita, a falsidade e a difamação, entre outros, ofendiam especificamente a disciplina, a hierarquia ou a ordem administrativa militar? Para ele, tais crimes deveriam ser agravados em sua penalidade, quando praticados por militares, mas de acordo com o Código Penal comum. E desfechava: um Código Penal Militar só pode e só deve conter os crime propriamente militares, isto é, aqueles que o militar pratica como tal. Ob. Citada, p. 48 a 55.

<sup>12</sup> Eugênio Raul Zaffaroni e Ricardo Juan Cavallero apontam que a doutrina argentina denomina os crimes cometidos por civis de 'falsos delitos militares' e ponderam que se o art. 508 do Código de Justiça Militar caracteriza o delito militar como toda violação dos deveres militares, não se pode afirmar que violam seus deveres militares quem não os tem ao seu cargo. Para os referidos autores, os delitos em que se afetam bens jurídicos militares porém são cometidos por civis, não podem considerar-se delitos militares, serão delitos especiais do direito penal comum. O. citada, p.11.

Nossos autores clássicos, com algumas variações estabelecem esta divisão: Oscar Macedo Soares em 1903<sup>13</sup>, Chrisólito de Gusmão em 1915<sup>14</sup>, Esmeraldino Bandeira em 1925<sup>15</sup> e, Silvio Martins Teixeira em 1946. Surge então um lapso temporal até 1972, quando Ramagem Badaró comentou pela primeira vez, o atual CPM<sup>16</sup>.

Antes do Decreto nº 18, de 7 de março de 1891, que estabeleceu o Código Penal para a Armada (estendido para o Exército em 1895), a legislação militar brasileira estava esparsa por grande número de alvarás, provisões, decretos, leis, regulamentos, avisos, atos dos poderes executivo e legislativo, não havia codificação.

O Código Penal Militar brasileiro prevê, ao mesmo tempo, tanto os crimes militares próprios como os impróprios.

Na legislação comparada, iremos ver que na Espanha, a tipificação de condutas constitutivas de delito militar está centrada basicamente nos delitos exclusiva ou propriamente militares, porém, excepcionalmente contempla suposições que afetam ao serviço e aos interesses do Exército, em que não militares podem ser sujeitos ativos de ofensas à instituição armada com lesão do bem jurídico tutelado, podendo resultar delito militar formal e materialmente<sup>17</sup>.

Já o Código de Justiça Militar de Portugal aplica-se aos crimes essencialmente militares, sendo que em virtude das alterações introduzidas na Constituição da República Portuguesa em 1997, foram extintos os tribunais militares em tempo de paz, os quais funcionarão apenas, durante a vigência do estado de guerra com competência para o julgamento de crimes de natureza estritamente militares<sup>18</sup>.

Na Argentina, nos lembram Igounet(h)-Igounet que “el artículo 108 Del CJM dispone que la jurisdicción militar comprende los delitos y faltas ‘essencialmente militares’. Pero he aquí que, como veremos, existen tipos penales militares (como la rebelión militar en alguna de sus formas) que constituyan figuras de idéntica estructura jurídica que sus similares Del Código Penal de la Nación”.<sup>19</sup>

Interessante anotar que o CJM argentino prevê, em seu art. 870, a punição de delitos comuns, nos casos submetidos à jurisdição militar, pelas disposições do Código Penal, sendo que havendo previsão do mesmo fato na legislação militar e comum, aplicar-se-á a pena mais grave<sup>20</sup>.

Já o novel Código Penal Militar da Colômbia<sup>21</sup> trouxe mudanças fundamentais ao tempo em que definiu os delitos tipicamente militares, e excluiu da jurisdição penal

<sup>13</sup> Código Penal Militar. H. Gainier, Livreiro-Editor, Rio de Janeiro, 1903.

<sup>14</sup> Direito Penal Militar. Jacintho Ribeiro dos Santos, Editor, Rio de Janeiro, 1915.

<sup>15</sup> Tratado de Direito Penal Militar Brasileiro, Jacintho Ribeiro dos Santos, Editor, Rio de Janeiro, 1925.

<sup>16</sup> Comentários ao Código Penal Militar de 1969. Editora Juriscred, São Paulo, 1972.

<sup>17</sup> Preâmbulo da Ley Orgânica 13/1985, de 9 de diciembre, Del Código Penal Militar. *Apud* Antonio Millán Garrido, Justicia Militar, 2ª edição, Ariel, Barcelona, 2003, p.95

<sup>18</sup> Conforme ofício de 07.06.2001, de S. Exa. O Gen Evandro Botelho do Amaral, então Presidente do Supremo Tribunal Militar português, a nós endereçado.

<sup>19</sup> Código de Justicia Militar, Anotado, Comentado, con Jurisprudencia y Doctrina Nacional y Extranjera. Librería Del Jurista, Buenos Aires, Argentina, 1985, p.XXXIII.

<sup>20</sup> *idem*, p.405.

<sup>21</sup> Entrou em vigor em 13 de agosto de 2000.



militar os delitos de tortura, genocídio e desaparecimento forçado, dando aplicação à sentença da Corte Constitucional que já havia fixado o alcance do art.221 da Constituição daquele país.<sup>22</sup>

O art.5º do Código Penal Militar colombiano assevera ainda que ‘em nenhum caso os civis poderão ser investigados ou julgados pela justiça penal militar’.

Voltando agora para o Código Penal brasileiro, veremos que o mesmo não conceitua o que seja crime militar.

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”.<sup>23</sup>

O critério *ratione materiae* exige que se verifique a dupla qualidade militar – no ato e no agente.

São delitos militares *ratione personae* aqueles cujo sujeito ativo é militar, atendendo exclusivamente à qualidade militar do agente.

O critério *ratione loci* leva em conta o lugar do crime, bastando, portanto, que o delito ocorra em lugar sob administração militar.

São delitos militares *ratione temporis* os praticados em determinada época, como por exemplo, os ocorridos em tempo de guerra ou durante o período de manobras ou exercícios.

Daí, conforme já dissemos anteriormente, “a classificação do crime em militar se faz pelo critério *ratione legis*, ou seja, é crime militar aquele que o Código Penal Militar diz que é, ou melhor, enumera em seu art.9º”.

Por sua vez, as diversas alíneas do inc.II esposam concomitantemente outros critérios, quais sejam, em razão da matéria, da pessoa, do lugar e do tempo”.<sup>24</sup>

### 3. DIFERENÇAS MARCANTES ENTRE O CRIME MILITAR E O CRIME COMUM

Ao tempo em que estabelecemos as diferenças marcantes entre o crime militar e o crime comum, convém lembrar que o estudo do primeiro não é algo que se faça de forma isolada senão em conjunto com toda a legislação material que se refere à organização e funcionamento das forças armadas<sup>25</sup> - **o direito militar**, como preferiram chamá-la Eugênio Raul Zaffaroni e Ricardo Juan Cavallero<sup>26</sup>, em contrapartida àqueles

<sup>22</sup>O art.221 da Constituição colombiana prevê que as Corte Marciais ou Tribunais Militares conhecerão dos delitos cometidos por militares em serviço ativo e que tenham relação com o mesmo serviço.

<sup>23</sup> Revista de Informação Legislativa, Brasília, julho / setembro de 1970, p.100.

<sup>24</sup> Comentários ao Código Penal Militar – Parte Geral, 4ª edição, Editora Juruá, Curitiba, 2003, p.38

<sup>25</sup> Incluímos aí as polícias militares e os corpos de bombeiros militares.

<sup>26</sup> Ob.citada, p.4.

autores que viam o **direito militar** como expressão usada para designar apenas o direito penal militar e o direito disciplinar militar.

Dentre esta ampla legislação que compõe o **direito militar**, para usarmos a expressão de Zaffaroni e Cavallero, destaca-se de fundamental importância o Estatuto dos Militares<sup>27</sup> ao conceituar que “a violação das obrigações ou dos deveres militares constituirá crime, contravenção ou transgressão disciplinar, conforme dispuser a legislação ou regulamentação específica, abrindo caminho para que o Regulamento Disciplinar do Exército<sup>28</sup> que a seguiu, dispusesse que transgressão disciplinar é qualquer violação dos preceitos da ética, dos deveres e das obrigações militares, na sua forma elementar e simples. Distingue-se do crime, militar ou comum, que consiste na ofensa a esses mesmos preceitos, deveres e obrigações, mas na sua forma complexa e acentuadamente anormal, definida e prevista na legislação penal”.

Inserem-se ainda dentro deste **direito militar**, a seguinte legislação extrapenal: Lei do Serviço Militar e seu Regulamento; os Regulamentos Disciplinares da Marinha, do Exército e da Aeronáutica; as Leis de Promoções de Oficiais e Praças; a Lei que dispõe sobre as normas gerais para a organização, o preparo e o emprego das Forças Armadas, etc., e seus correspondentes em relação à Forças Auxiliares.<sup>29</sup>

Ou seja, sem entender a estrutura e a organização das Forças Armadas, das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, seu *modus vivendi* próprio, os usos e costumes militares e os valores que lhes são caros difícil é a compreensão do que seja o crime militar o qual, em última análise é a manifestação do Estado na tutela dos bens jurídicos das instituições militares.

Dito isto passaremos, portanto, a enumerar algumas diferenças que nos parecem marcantes, do crime militar em relação ao crime comum, rogando *venia* pela escolha que pode não ser a mais adequada. Também não iremos comentar a razoabilidade dessas diferenças em face do objetivo deste ensaio ser, tanto quanto possível, dar uma visão geral acerca do tema proposto:

. **PUNIBILIDADE DA TENTATIVA.** Enquanto o Código Penal comum brasileiro adotou a teoria objetiva em seu art.14, II, punindo a tentativa com uma pena reduzida de 1 a 2 terços, o Código Penal Militar, no parágrafo único do seu art.30, previu a punibilidade da tentativa pela teoria subjetiva ( mesma pena do crime consumado ), sendo que a **excepcional gravidade** ali referida, fica a critério do arbítrio do Juiz. Encontramos decisões mantendo a punibilidade subjetiva, em acórdãos do Superior Tribunal Militar, como por exemplo, na Apelação nº 2003.01.049308-5-SP.<sup>30</sup>

. **TRATAMENTO MAIS SEVERO AO ERRO DE DIREITO.** O erro é tratado de forma diversa nos dois Códigos, valendo anotar que não há correspondência exata

<sup>27</sup> Lei nº 6.880, de 09.12.1980.

<sup>28</sup> Decreto nº 90.608, de 04.12.1994, art. 12. O novo RDE (Decreto 4.346, de 26.08.2002 não repetiu a definição mas ampliou o conceito de transgressão disciplinar no seu art.14.

<sup>29</sup> As polícias militares e os corpos de bombeiros militares são Forças Auxiliares e reserva do Exército Brasileiro, subordinados, entretanto, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e Territórios, CF, art. 144, § 6º.

<sup>30</sup> STM: Apelação nº 2003.01.049308-5-SP, Relator Ministro Olympio Pereira da Silva, julgado em 10.09.2003, unânime.

ente o erro de direito e o erro sobre a ilicitude do fato. Assim, o Código Penal comum trata em seu art.21 do erro sobre a ilicitude do fato, o qual se inevitável, ou invencível, exclui o dolo e, portanto, o autor fica isento de pena. Definiu-se, conforme o item nº 17 da Exposição de Motivos do CP, a evitabilidade do erro em função da potencial consciência da ilicitude. Já o Código Penal Militar tratou do erro de direito de forma duplamente severa em seu art.35, se o agente supõe lícito o fato, por ignorância ou errada compreensão da lei, se escusáveis (ou invencíveis) sua pena poderá ser atenuada ou substituída por outra menos grave e, se for crime contra o dever militar, o erro de direito não lhe aproveita. Em rápida pesquisa junto aos Tribunais Militares do Rio Grande do Sul e Minas Gerais não encontramos decisões em que houvesse sido questionado este tratamento mais severo dado ao erro de direito. Já no STM, encontramos decisões mantendo este tratamento mais rigoroso, como por exemplo na Apelação nº 1986.01.044632-1-RS.<sup>31</sup>

. **PREVISÃO DO ESTADO DE NECESSIDADE JUSTIFICANTE ESPECÍFICO DO COMANDANTE.** Previsto no parágrafo único do art. 42, o qual permite que o Comandante de navio, aeronave, ou praça de guerra, na iminência de perigo ou grave calamidade possa compelir os subalternos, por meios violentos, a executar serviços e manobras urgentes, para salvar a unidade ou vidas, ou evitar o desânimo, o terror, a desordem, a rendição, a revolta ou o saque. Não se pode esquecer que ao Comandante é imposto o dever de manter sua tropa controlada, destinando o CPM inclusive algumas figuras típicas de modo a punir aquele que se omite em manter a força sob seu comando em estado de eficiência (art.198) e mesmo aquele que se omite de tomar providências para salvar seus comandados (art.200).

. **TRATAMENTO DUPLO AO ESTADO DE NECESSIDADE.** Enquanto o Código Penal comum previu apenas o *estado de necessidade justificante* como excludente da ilicitude no seu art. 24, o CPM previu igualmente tanto o *estado de necessidade justificante* (art.42, I e 43), quanto o *estado de necessidade exculpante* como excludente da culpabilidade (art.39), desde que o direito alheio a ser protegido, seja, nesse caso, de pessoa a quem o agente está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição. Note-se que no estado de necessidade como excludente da culpabilidade, o bem sacrificado pode ser inclusive maior ao bem protegido.

. **PREVISÃO DA PENA DE MORTE EM TEMPO DE GUERRA.** A legislação militar brasileira sempre previu a pena de morte. Existe uma previsão constitucional do inciso XLVII do art.5º, o qual ressalvou-a para o caso de guerra declarada. A guisa de informações vale destacar que na vigência do regime constitucional anterior, houve uma condenação à morte por crime contra a Segurança Nacional, aplicada pela Auditoria da 6ª Circunscrição Judiciária Militar, da Justiça Militar da União, em 18.03.1971, a um civil, menor de 21 anos, acusado de ter matado um Sargento da Aeronáutica. Tendo sido apelado para o Superior Tribunal Militar, a pena do réu foi reduzida para prisão perpétua em face da menoridade e da primariedade do agente.<sup>32</sup>

. **PREVISÃO DE PENAS INFAMANTES.** Dentre as penas acessórias previstas no art. 98 do CPM, destacamos a declaração de indignidade para com o oficialato e a

<sup>31</sup> Apelação nº 1986.01.044632-1-RS, Relator Ministro Ruy de Lima Pessoa, julgado em 26.06.1986, unânime.

<sup>32</sup> Apelação nº 38.590 – BA, Relator Ministro Dr. Amarílio Lopes Salgado, sessão de 14.06.1971.

declaração de incompatibilidade para com o oficialato, já que ambas, por mandamento constitucional, implicam na perda do posto e da patente dos oficiais, declarada pelo Tribunal competente em tempo de paz.<sup>33</sup> Por ora, suficiente que se diga que fica sujeito à declaração de indignidade, **qualquer que seja a pena**, o militar condenado nos crimes de traição, espionagem ou cobardia e, também nos de desrespeito a símbolo nacional, pederastia ou outro ato de libidinagem; furto simples; roubo simples; extorsão simples; extorsão mediante seqüestro; chantagem; estelionato; abuso de pessoa; peculato; peculato mediante aproveitamento de outrem; falsificação de documento e; falsidade ideológica.

Da mesma forma, será declarado incompatível com o oficialato, o militar condenado pela prática dos crimes previstos nos artigos 141 (entendimento para gerar conflito ou divergência com o Brasil) e 142 (tentativa contra a soberania do Brasil).

Anota José Júlio Pedrosa que o oficial declarado indigno ou incompatível com o oficialato, por decisão do Superior Tribunal Militar, perde, obrigatoriamente, o posto e patente, nos termos do art. 142, § 3º, inciso VI, da Constituição Federal.

Perdendo o posto e patente será demitido *ex officio* sem direito a qualquer remuneração ou indenização e receberá a certidão de situação militar prevista na legislação que trata o serviço militar. Deixa de ser militar e oficial.

É o que estabelece o art. 119 do Estatuto dos Militares.

E, de acordo com o art. 20 da Lei das Pensões Militares (Lei nº 3.765/60) *‘o oficial que perde posto e patente deixará aos seus herdeiros a pensão militar correspondente*<sup>34</sup>.

E, como já dissemos alhures, “o legado da pensão aos herdeiros demonstra o caráter infamante que sempre lhe foi dado quando o Código Penal Militar de 1944, em seu art. 51, considerava o indigno e o incompatível como se morto fosse, morte civil (*mors ficta*)”.<sup>35</sup>

**. MAIOR SEVERIDADE AO TRATAMENTO DADO À SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA - SURSIS.** Enquanto no Direito Penal comum exige-se que o condenado não seja reincidente em crime doloso, art. 77, I (podendo ser reincidente em crime culposo), no Direito Penal castrense exige-se que o sentenciado não seja reincidente em crime punido com pena privativa de liberdade, art.84, I, (que tanto pode ser doloso como culposo), o que implica em um *plus* de severidade.

Da mesma forma, a concessão do benefício está vetada ao condenado por crime cometido em tempo de guerra e, em tempo de paz, aos condenados pelos crimes de aliciação e incitamento, de violência contra o superior de dia, oficial de dia, de serviço ou de quarto, sentinela, vigia ou plantão; de desrespeito ao superior, de insubordinação ou de deserção, além dos crimes de desrespeito a superior, desrespeito a símbolo nacional, despojamento desprezível, pederastia ou outro ato de libidinagem, de receita ilegal e seus assimilados.

<sup>33</sup> Art.142, § 3º, inciso VI e VII, da Constituição Federal.

<sup>34</sup> A perda do posto e patente dos Oficiais das Forças Armadas. Direito Militar – História e Doutrina, AMAJME, Florianópolis, 2002, p.97.

<sup>35</sup> Direito Militar. Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos, Editora Juruá, Curitiba, 2001, p.98.

**. TRATAMENTO MAIS SEVERO AO CRIME CONTINUADO.** Tratando da hipótese do crime continuado em seu art.80 o Código Penal Militar adotou, da mesma forma que a legislação penal comum, a teoria da ficção jurídica, pela qual presume-se a existência de um só crime. Fá-lo, entretanto, de forma mais severa, pois equipara o crime continuado ao concurso de crimes, exasperando, sobremaneira, a aplicação da pena.

**. INAPLICABILIDADE DO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL AOS CRIMES MILITARES.** A Lei nº 9099, de 26.09.1995, instituiu os Juizados Especiais Criminais, regulamentando assim o art. 98, I, da Carta Magna, fonte geradora dos referidos Juizados Especiais da Justiça do Distrito Federal e dos Estados.

O Juizado Especial Criminal tem competência para a conciliação, julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo.

Todavia, a Lei dos Juizados Especiais Criminais não se aplica à Justiça Militar.

De pronto, o Superior Tribunal Militar rechaçou-a, inclusive sumulando a questão em se Verbete nº 9: *A Lei nº 9099/95 não se aplica na Justiça Militar da União.*

A Suprema Corte Brasileira, em meio à intensa discussão, pacificou que somente eram aplicáveis à Justiça Militar, os institutos da exigência de representação nas lesões culposas e nas lesões leves dolosas e, o instituto da suspensão condicional do processo.

Por fim, a Lei nº 9.839, de 27.12.1999, acrescentando artigo à Lei nº 9099/95 (de nº 90-A), retirou finalmente (e em boa hora), a Lei dos Juizados Especiais, do universo do processo penal castrense, Federal, dos Estados ou do Distrito Federal.

De nossa parte, sempre consideramos os Juizados Especiais Criminais incompatíveis com a Justiça Militar, seja da União, seja Estadual.

Posteriormente, em face da ausência de previsibilidade de Juizados Especiais para a Justiça Federal – objeto de várias críticas abalizadas e anseios, foi editada a Lei nº 10.259, de 12.07.2001 – para vigor 6 meses após, criando os Juizados Especiais Criminais no âmbito da Justiça Federal, aos quais se aplica, no que não conflitar com esta Lei, o disposto da Lei 9099/95.

Ao tratar da competência do Juizado Especial Federal Criminal, estabeleceu a Lei em seu art. 2º, sê-la, a de processar e julgar os fatos de competência da Justiça Federal, relativo às infrações de menor potencial ofensivo, para no parágrafo único do mesmo artigo, *considerar infrações de menor potencial ofensivo, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos ou multa.*

Ante a existência de dois dispositivos legais considerando, em quantum diverso, o que seja infração de menor potencial ofensivo, a melhor exegese é a de que a Lei nº 10.259/2001 (*novatio legis in melius*) revogou o art. 61 da Lei nº 9099/95, tornando infração de menor potencial ofensivo todos os crimes e contravenções cuja pena máxima não exceda a 2(dois) anos ou multa, no âmbito dos Juizados Especiais Criminais, sejam da Justiça Estadual ou Federal, sem incidência entretanto na Justiça Militar já que em sede de direito penal militar não existe infração de menor potencial ofensivo.

**. INAPLICABILIDADE DAS PENAS ALTERNATIVAS AOS CRIMES MILITARES.** A Lei nº 9.714, alterando toda a seção II, do Capítulo I, do Título V, do Código Penal comum, ampliou o rol das penas restritivas de direitos e as hipóteses de suas

substituições às penas privativas de liberdade não superiores a 4 anos, se o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, ou, qualquer que seja a pena aplicada se o crime for culposo, atendido os demais requisitos do art.44, e atendendo-se ainda ao que dispõem os arts.46 a 48 do CP comum.

Discute-se se tal Lei pode ser aplicada na Justiça Militar.

Para o Superior Tribunal Militar tal Lei não tem aplicação na Justiça Militar da União.<sup>36</sup> O Próprio Superior Tribunal Militar já entendeu que as penas restritivas de direito estão limitadas à alteração do art.44 do Código Penal comum, não se aplicando aos crimes militares, objeto de lei especial diversa no ponto.<sup>37</sup>

De nossa parte “entendemos que deve haver uma cautela na eventual aplicabilidade da Lei 9.714/98 aos condenados pela Justiça Militar – e, mesmo assim, somente ao condenado civil, sob pena de descaracterização da Justiça Especializada”.

Lembre-se que a Lei 9.714/98 alterou expressamente dispositivos do Código Penal comum, somente podendo ser aplicada ao sentenciado da Justiça Militar por força do art.12, do mesmo CP comum, que se dirige às Leis Especiais, dentre elas, o Código Penal Militar”.<sup>38</sup>

São estas, portanto, as diferenças que elegemos para serem aqui demonstradas, por considerá-las mais marcantes em relação com o direito penal comum brasileiro, desde já de todo respeitado outras escolhas feitas com maior apuro.

#### 4. CONCLUSÃO

Concluir acerca de tema tão fascinante quanto tormentoso é arriscado demais. Preferimos suscitar o debate acalorado dos estudiosos, lembrando que o Código Penal Militar brasileiro sempre procurou manter-se próximo do Código Penal comum.

Aliás, conforme prelecionava Silvio Martins Teixeira, um dos artífices do Código Penal Militar de 1944, “ambos os ramos da legislação penal brotam do mesmo tronco, tendo, portanto, as mesmas raízes e os princípios fundamentais do Direito repressivo”.

“Não tendo o Código Penal tratado dos crimes militares, deixando-os para uma legislação especial, conforme o sistema de quase todos os países, necessário se tornou a imediata elaboração do Código Penal Militar, para que este se adaptasse aos novos princípios orientadores da legislação penal brasileira”.

“Visou, quanto possível, harmonizar com os preceitos da legislação comum o nosso Código Penal Militar, e impedir o conflito deste com as leis de segurança nacional”.<sup>39</sup>

<sup>36</sup> Apesar da posição do STM, a nível de 1º grau se tem notícia de aplicação da Lei das Penas Alternativas, em caso de condenados civis.

<sup>37</sup> O Tribunal de Justiça do Paraná já entendeu que a Lei 9.714/98 é aplicável aos crimes militares impróprios na Apelação nº 77.298-9 e Apelação nº 77.739-5, ambas oriundas da Vara da Auditoria Militar do Estado, Jornal da AMAJME nº 28, julho / agosto de 2000.

<sup>38</sup> Direito Militar. Aspectos Penais, etc., já citado, p.93.

<sup>39</sup> Código Penal Militar Explicado. Livraria Editora Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1946, prólogo.

Todavia, se hoje o texto do atual CPM se acha mais divorciado do CP comum, tal situação decorre de um acidente de percurso durante um momento da vida política brasileira que coincidiu com a edição da legislação penal militar atual. É que exatamente a 21 de outubro de 1969, a Junta Militar que governava o Brasil, outorgou quadrigêmeos<sup>40</sup> legais, na forma de Decretos-leis de nºs 1001(o CPM); 1002 (o CPPM); 1003 (a LOJM) e; 1004 (o CP comum que por sua excessiva severidade foi revogado mesmo antes de entrar em vigor).

Desta forma, em todas as discrepâncias aqui demonstradas, foi o Código Penal Militar abeberar-se no texto legal de seu irmão gêmeo natimorto<sup>41</sup>.

Com a edição da Nova Parte Geral do Código Penal em 1984 a distância entre os dois Códigos tornou-se ainda maior, sendo que a Carta Política de 1988 tornou inconstitucional um grande número de seus artigos.

Porém esta importante fonte do direito penal militar que é a jurisprudência vem ajustando seus mandamentos à vida em sociedade, à evolução dos costumes, de modo que é possível afirmar que se atualmente, o texto gélido do CPM carece urgentemente de uma reforma, o direito penal militar está permeado das garantias constitucionais, na busca incessante do ideal de Justiça.

Em 04 de dezembro de 2003, durante o II Encontro Internacional de Direito Humanitário e Direito Militar, realizado em Florianópolis – SC, o Ministro José Júlio de Pedrosa expôs sobre o anteprojeto de um novo Código Penal Militar elaborado pelo Superior Tribunal Militar.<sup>42</sup>

Quanto à severidade da legislação penal militar em relação à comum, nunca é demais lembrar que o direito penal militar, como direito especial por excelência, dirige-se a uma determinada classe de pessoas, os militares - a regra, se bem que em algumas ocasiões possa dirigir-se igualmente aos civis – a exceção.

Militares, definidos constitucionalmente como sendo federais e dos Estados e Distrito Federal, estando ambas as espécies sob a mesma organização: a disciplina e a hierarquia.

Se a Sociedade e a Pátria lhes outorgam a condição de mantenedores da ordem e defensores das Instituições, curial que ao lado de tais garantias que muitas vezes

---

<sup>40</sup> Quadrigêmeos porque nasceram em um mesmo momento, todavia os autores dos anteprojetos eram diversos, sendo o do CP de 1969 de autoria do insigne Nelson Hungria.

<sup>41</sup> Jorge Alberto Romeiro, ao longo de seu precioso Curso de Direito Penal Militar, já citado, demonstrou todos esses desacertos.

<sup>42</sup> Esclareceu o ilustre Ministro do STM que o anteprojeto foi encaminhado ao Governo em outubro de 1996. Ali recebeu pareceres favoráveis, com mínimas propostas de alteração, do Ministério da Justiça, do então Estado-Maior das Forças Armadas e dos Ministérios Militares. Entretanto, em 22 de outubro de 1998 o Superior Tribunal Militar solicitou ao Ministro da Justiça a restituição do anteprojeto para a realização de ajustes no texto anteriormente proposto. Na realidade, o Tribunal entendeu prudente não submeter o anteprojeto ao Congresso antes de razoavelmente definida a questão da competência da Justiça Militar, então matéria de intensa controvérsia na Comissão de Reforma do Judiciário da Câmara dos Deputados. Não pareceu conveniente, naquela altura, em que se discutia a competência da Justiça Militar a nível constitucional, levar o assunto ao Congresso em um projeto de lei ordinária. Depois, em agosto de 2000, foi enviado ao Congresso Nacional o Projeto de Lei alterando a Parte Geral do CP comum, elaborado pela comissão MIGUEL REALE. Esse Projeto de Lei anda em ritmo lento na Câmara dos Deputados, mas é certo que sua aprovação poderá implicar em alterações no projeto do CPM

escapam ao servidor público civil, lhes seja exigido com maior rigor o cumprimento de seus deveres.

Esta severidade legal, entretanto, não deve passar daqueles dispositivos que realmente o especificam, em salvaguarda do serviço militar, da disciplina, da hierarquia, da condição de superior, não devendo ser estendida aos princípios informadores que regem o direito penal brasileiro, seja ele comum ou militar.

Esta tentativa de similitude, tanto quanto possível, está prevista no Anteprojeto de CPM elaborado pela Corte Maior da Justiça Militar da União.<sup>43</sup>

**Jorge César de Assis,**  
**membro do Ministério Público da União,**  
**promotor da Justiça Militar em Santa Maria / RS**

---

<sup>43</sup> Mas sofre a influência direta das dificuldades encontradas pelo Estado brasileiro em conter a violência e a criminalidade avassaladora, aliada à sanha parlamentar que transforma o nosso arcabouço jurídico em verdadeiro “cipoal legislativo” a assolar o país.



**DOS CONSELHOS DE  
JUSTIÇA E DOS  
CONSELHOS DE SENTENÇA**

*José Álvaro Machado Marques*



# DOS CONSELHOS DE JUSTIÇA E DOS CONSELHOS DE SENTENÇA

*José Álvaro Machado Marques*

Cabe-nos dizer que, infelizmente, muitas pessoas adotam postura estereotipada e, inadvertidamente, colocam-se a criticar a Justiça Militar sem conhecimento da realidade, incorrendo em erros e levando terceiros a equívocos.

As críticas feitas à Justiça Militar não correspondem à realidade. Não é uma justiça de exceção porque prevista tanto na Constituição Federal quanto na Estadual como parte do Poder Judiciário.

Segundo Cláudio Martins em sua obra – A Justiça Militar entre a ficção e a realidade, o desconhecimento da Justiça Militar “é fruto do desinteresse da sociedade, decorrência de uma equivocada associação imediata dessa Justiça Especializada com o autoritarismo e corporativismo” .

Neste rápido panorama sobre Conselhos de Justiça, cabe-nos fazer uma breve menção à história da Justiça Militar.

A Justiça Militar tem suas origens na própria história da humanidade com o surgimento das grandes concentrações humanas, exigindo-se exércitos de conquista ou de defesa sujeitos aos rígidos princípios de disciplina e hierarquia. A necessidade do resguardo e vigilância de tais princípios – indispensáveis à existência de corporações armadas – é que deu margem e ensejou a implantação da Justiça Castrense.

A princípio, sua organização era rudimentar e sua aplicação ocorria em acampamentos militares, daí a origem do termo castrense , palavra latina utilizada para denominar algo relativo a tais acampamentos.

Foram os romanos que deram consistência e começaram a normatizar o Direito Militar. Entre nós, o alvará de 01.04.1808, implementado com a chegada da família Real ao Brasil, que fugia do General Junot – criou o Conselho Superior Militar e de Justiça que conferiu à Justiça Castrense a condição de primogênita da Judicatura Nacional.

Trajetória da Justiça Militar nas Constituições Federais:

- A Constituição de 1824 não enumerou os órgãos do Judiciário e omitiu qualquer referência à Justiça Militar.

- A Constituição de 1891 assegurou aos militares o foro especial.

- A Carta de 1934 incluiu a Justiça Militar nos órgãos do Judiciário (retirando-lhe o caráter administrativo) e estendeu o foro militar aos civis.

- A Constituição de 1937 praticamente nada alterou.

- A Constituição de 1946 alterou dispositivos relativos ao julgamento de civis.

- A revolução de 1964 alterou e ampliou a competência da Justiça Militar para processos e julgar civis (crimes contra a segurança nacional, crimes contra o Estado e ordem política e social).

- A Constituição de 1967 revalidou as disposições dos Atos Institucionais vigentes.
- A Constituição 1969 não alterou o quadro então vigente.
- A Constituição de 1988 é de todos conhecida.

Para os Estados Federados, a Constituição de 1934 deu competência à União para legislar sobre as Justiça Militares dos Estados mas, apenas em 1946 as JME começaram a ter um tratamento legal mais semelhante ao que hoje existe, muito embora a Lei Federal 192 de 1936 as tenha criado.

Em São Paulo, mesmo antes da Lei Estadual nº 2856/37, já havia um incipiente ordenamento jurídico castrense não integrado ao Poder Judiciário. Um embrião da Justiça Militar Estadual, separada da Justiça Militar Federal, ocorreu quando da criação da Guarda Municipal Permanente em 1831. Ali, pela primeira vez no país independente foi previsto um Conselho de Justiça no artigo 20 do decreto Regencial de 22/10/1831.

Em 1922 foi criada a Auditoria da Força Pública (01 Auditor + Conselhos de Justiça).

A Justiça Militar Estadual está prevista na Constituição Federal, art. 125 § § 3º e 4º. Da mesma forma, a Lei maior, naqueles mesmos dispositivos, previu a existência dos Conselhos de Justiça como órgão de jurisdição de 1º grau.

*Art. 125 § 3º da Constituição Federal: “ A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos Conselhos de Justiça e, em segundo, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo da polícia militar seja superior a vinte mil integrantes”.*

A Constituição Estadual prevê o TJM e as Auditorias Militares nos seus artigos 54, 63, 80, 81 e 82.

A LOMAN faz menção à Justiça Militar nos artigos 1º, 18 e 22.

Em todas as unidades de Federação há Auditorias Militares Estaduais, mas em apenas três existe a instância recursal especializada, ou seja, o TJME (SP, MG e RS, como já mencionado).

A Justiça Militar, portanto, não é uma criação da Revolução de 31/3/64. A existência dos Conselhos de Justiça Militar perde-se no tempo do processo penal brasileiro.

Desde o Decreto Lei 925 de 02/12/38 que instituiu o Código de Justiça Militar está delineada a composição dos Conselhos de Justiça Militar que perdura até nossos dias. São eles:

1) O Especial, composto por um juiz togado e mais quatro militares de patente superior ou, em caso de igualdade de posto, mais antigo que o acusado, sendo o Conselho presidido por oficial superior (Major; Tenente Coronel ou Coronel).

2) Permanente, integrado por um juiz de carreira e quatro oficiais.

Os Conselhos Permanentes de Justiça têm competência para processar e julgar praças das PPMM e Corpos de Bombeiros Militares, nos crimes militares.

Compete aos Conselhos Especiais processar e julgar oficiais da PM e Corpo de Bombeiro Militar.

Quanto à formação do Conselho Permanente de Justiça (CPJ), trimestralmente, a PM remete ao Tribunal de Justiça Militar (TJM) uma lista dos oficiais disponíveis na tropa para que possam, caso sorteados, integrar o CPJ. Fazem parte desta lista os oficiais do serviço ativo que sirvam na Capital do Estado (inclusive região metropolitana). Dela deverá constar o posto, a antigüidade e a Organização Policial Militar (OPM) onde o militar presta serviço.

Por força da Lei nº 5048 de 22/12/58, que dispõe sobre a organização da Justiça Militar Estadual (JME), não serão incluídos na relação:

- o Comandante Geral
- os Oficiais da Casa Militar do Governador
- os Assistentes Militares
- os Oficiais do Estado Maior (Assessoria do Comandante/PM)
- os Oficiais do gabinete do Comandante Geral
- os alunos, professores e instrutores dos estabelecimentos de ensino da PM, dos cursos profissionais e os que servirem na Diretoria de Ensino/PM.

A relação deve ser remetida ao TJMESP até o 1º dia útil do último mês do trimestre. Se isto não ocorrer, será aproveitada a relação do trimestre anterior, segundo determinação legal.

Neste ano, o sorteio dos conselhos de justiça passou a ser informatizado. O ato é realizado em sessão pública, nas Auditorias, na presença do órgão do Ministério Público e do escrivão.

Da sessão em que se procede ao sorteio é realizada uma ata, lavrada pelo escrevente de sala de audiências de cada Auditoria, que é remetida ao Exmo Sr Corregedor da Justiça Militar que comunica o Comando da Corporação sobre o resultado (do sorteio) e requisita a apresentação dos militares em cada uma das 4 Auditorias existentes em São Paulo.

A não apresentação do militar sorteado pode ocorrer nas seguintes hipóteses:

- 1) Demissão
- 2) Moléstia comprovada
- 3) Reforma
- 4) Condenação Criminal
- 5) Falecimento
- 6) Férias ou serviço em comissão fora do Estado e
- 7) em caso de imperiosa necessidade do serviço ou da disciplina devidamente justificada, mediante solicitação do Cmt Geral à Justiça Militar.

De cada sorteio constam oficiais titulares e suplentes para eventuais substituições em caráter definitivo e substituições em caráter temporário, tais como nos casos de gala, luto ou licença-saúde.

Um oficial não será sorteado para atuar na mesma Auditoria em dois trimestres consecutivos.

No caso de réus oficiais de patentes diversas, será a patente do réu hierarquicamente superior aos demais que será observada na formação dos Conselhos Especiais de Justiça.

Destarte, havendo réus praças e oficiais, num mesmo processo todos serão processados e julgados pelo Conselho Especial de Justiça.

Ao tomar posse como juiz membro de um Conselho de Justiça, o militar deverá prestar o compromisso do art. 400 do CPPM, qual seja o de prometer “apreciar com imparcial atenção os fatos que lhes forem submetidos e julgá-los de acordo com a lei e a prova dos autos”.

Caso algum juiz membro, após ter prestado o compromisso do artigo 400 do CPPM, faltar injustificadamente às sessões de instrução ou julgamento, embora não se tenha notícia de que isto tenha ocorrido em alguma das 4 Auditorias Militares do Estado de São Paulo, ficará o militar sujeito à pena pecuniária (dia de serviço) e, em caso de reincidência, punição administrativa de repreensão escrita pública em Boletim Interno (DO da Corporação), aplicada pelo seu Comandante e substituição no Conselho, procedendo-se um novo sorteio.

Os oficiais do CPJ ficam dispensados de suas funções militares durante todo o tempo de serviço judiciário e os do CEJ, nos dias de sessão.

Os processos submetidos à apreciação dos Conselhos Permanentes passarão, automaticamente, para a competência do Conselho seguinte, seja qual for o estado em que se encontrarem.

No Conselho Especial de Justiça, vige o princípio da identidade física do juiz pois os oficiais sorteados deverão, em tese, acompanhar o processo até final julgamento.

Estamos tratando dos Conselhos de Justiça e dele faz parte o Juiz Auditor que é o juiz togado, que ingressou na carreira através de concurso público de provas de títulos com a participação da OAB, de um representante do Tribunal de Justiça do Estado e um do TJM na comissão.

O Juiz Auditor inicia a carreira como Substituto, auxiliando o colega titular da Auditoria e exercendo as mesmas funções nos processos.

Somente quando é aberta uma vaga de Juiz Titular, será o Substituto promovido a Juiz de Entrância Especial (titular da capital).

Nos Estados onde há o 2º grau de jurisdição especializado – TJM – o concurso para Juiz Auditor é para carreira específica dentro da Justiça Militar. Nos demais Estados da Federação a situação não é igual sendo que, em alguns deles, o Juiz Auditor é designado pelo próprio Tribunal de Justiça dentre seus juízes e, em outros, é realizado concurso próprio para o preenchimento da vaga na Auditoria Militar Estadual.

Não é incomum vermos um paralelo traçado entre o colegiado de 1º grau da JM e os jurados do Tribunal do Júri, principalmente entre aqueles que não atuam na corte castrense.

Juízes militares são oficiais de carreira da Polícia Militar sorteados para integrar Conselhos de Justiça como juízes temporários.

Votam pela condenação ou absolvição do réu, devendo, em princípio, justificar e fundamentar seu voto em audiência pública, de viva voz, perante o réu, na sessão de

juízo, mormente quando não acolhe a tese das partes ou o voto de seus antecessores.

O Juiz Militar pode e deve auxiliar o togado na instrução do processo, efetivamente participando das audiências, muito embora deva formular perguntas a quem estiver sendo ouvido através do Auditor, tal como ocorre com as partes.

Durante os trabalhos na instrução e julgamento de processos, em audiência pública, aos membros militares dos Conselhos é dispensada a mesma forma de tratamento que aos magistrados de carreira.

De outro lado, os jurados do Tribunal do Júri são pessoas leigas que integram o Conselho de Sentença, sob a presidência de um Juiz de Direito, respondendo apenas aos quesitos que lhes forem formulados.

Sorteados entre pessoas do povo, dos jurados não se exige formação profissional específica, ao contrário do que ocorre com os membros dos Conselhos de Justiça Militar.

Necessariamente, falando de Conselhos de Justiça Militar, todos os seus membros devem integrar os quadros da Corporação a que pertença o réu (FFAA) (PPMM) e serem superiores hierárquicos (ou mais antigos) que o acusado.

Aos jurados, portanto, basta a íntima convicção. Aos membros dos Conselhos de Justiça Militar, é exigida a explicitação do motivo de sua decisão que deve estar ancorada na lei e na prova dos autos.

Compete aos jurados apenas o julgamento de crimes dolosos contra a vida, enquanto que os Juízes militares julgam os crimes militares, ou sejam, tipificados no Código Penal Militar, inclusive aqueles dolosos contra a vida que ocorram entre militares. Sua competência é bem mais ampla. A decisão do Conselho de Justiça se submete ao duplo grau de jurisdição, podendo haver reforma nas questões de direito, e na interpretação das questões de fato, pelo TJM.

Cumpre-nos ainda salientar que nenhuma vantagem pecuniária auferem o juiz militar por vir a integrar os Conselhos de Justiça. Permanece com seus vencimentos na Polícia Militar, sem qualquer gratificação ou acréscimo.

Ainda quanto aos juízes militares, após a realização do sorteio, da apresentação e do compromisso, são eles investidos da função jurisdicional mas não do cargo. São juízes de fato e não gozam de prerrogativas dos magistrados de carreira.

Ressalte-se ainda que os militares só podem ser considerados juízes militares quando reunidos os Conselhos em sessão que, efetiva e legalmente, é o órgão jurisdicional de 1º grau.

Muito se diz que a Justiça dos Conselhos é mais rigorosa.

SMJ, Justiça mais ou menos rigorosa não é justiça.

Distribuir justiça é dar a resposta adequada na justa medida que o caso concreto requer, analisando-se as circunstâncias judiciais do art. 69 do CPM (59 do CP), circunstâncias agravantes e atenuantes, causas especiais de aumento ou diminuição da pena, excludentes de antijuridicidade ou culpabilidade.

Ocorre que, na formação do militar, são cultivados diuturnamente valores que infelizmente deixaram de ser observados na vida em comunidade, dentro do contexto de maus exemplos em que vivemos.

Os conceitos de dignidade, honradez, disciplina, tratamento cordial previsto em regulamentos, respeito à hierarquia, respeito aos mais antigos e mais idosos, dentro dos quartéis, são diferenciados. A exteriorização disto pode ser visualizado numa simples continência, o cumprimento do militar, impessoal, pouco importando o relacionamento entre os homens pois, independentemente disto, ela é devida pelo subordinado ao superior.

Dentro deste conjunto de valores, é de se esperar que, na comunidade em que vivem, os olhos dos militares sejam mais críticos e menos tolerantes com situações que, para civis, possam parecer menos graves.

Pelo que já pudemos testemunhar em décadas de convívio com militares, nos quartéis é cultivado o respeito à lei e só na exceção há condescendência com aqueles que apresentam desvio de comportamento.

A Justiça Militar – em primeiro grau representada pelos conselhos de justiça – é, sim, corporativista. Não como se apregoa aos quatro cantos, mas o que o ocorre é diametralmente oposto.

Os Conselhos não protegem o mau policial e, sim, protegem a Corporação do mau policial. Os Conselhos de Justiça fazem parte de uma Justiça Especializada e, dentro deste quadro, eles tratam de homens especiais, submetidos a regras especiais, e que recebem treinamento especial e armas.

Os Conselhos de Justiça Militar não realizam uma justiça mais severa. Ela é especial mas, para o civil desacostumado com o que ocorre na caserna, pode parecer mais rigorosa.

Os integrantes da PMESP que alcançaram o oficialato através do Curso de Formação de Oficiais têm nível de instrução superior. Aqueles que não fizeram o Curso de Formação de oficiais, com duração de 4 anos, em grande parte das vezes, também tem formação escolar em nível superior. O Curso de Formação de Oficiais da Academia da Polícia Militar do Barro Branco, por onde passam a maioria dos oficiais da Corporação, possui extensa grade curricular também voltada para a área jurídica, perfazendo um total de 1440 horas/aula no campo do Direito e, dentre elas, 480 só na área penal.

Não obstante, qualquer dúvida que surja para o Juiz Militar no julgamento do feito, de viva-voz poderá ser elucidada com o questionamento endereçado ao Juiz-Auditor, perante as partes. Somente após os esclarecimentos necessários, será o Juiz Militar instado a dar seu voto, justificando-o, principalmente se proferi-lo diferentemente da tese das partes ou dos juízes que o precederam na votação.

O Juiz Auditor sempre é o primeiro a votar, sendo seguido pelos membros dos Conselhos. Os juízes militares votam na ordem inversa da hierarquia militar, a fim de que o militar de menor posto ou patente não se deixe influenciar pelo voto do seu superior hierárquico ou oficial mais antigo. Caso a motivação de seu voto seja singular, pode o juiz militar declará-lo, formalmente e por escrito, constando isto da sentença, em separado.



A intenção do legislador, portanto, ao estabelecer uma organização especial para a Justiça Militar, visou aliar o conhecimento jurídico com o sentimento e conhecimento prático. Disso resulta um amálgama importante para a realização da Justiça Militar.

Exceção feita ao interrogatório, acareação, inquirição de testemunhas e julgamento na sede da Auditoria, os demais atos são procedidos pelo Juiz Auditor, singularmente, com o acompanhamento das partes.

Os Conselhos de Justiça – Permanente e Especial – são formados por 5 membros, repetimos, e na decisão de um processo todos votam em condições de igualdade para decidir a sorte dos réus.

A decisão do Conselho consubstancia-se numa sentença subjetivamente complexa, já que resultante de mais de uma manifestação subjetiva, conforme ensinamento de Calamandrei.

Destarte, pessoas com diferentes formações e história de vida compreendem um fato, interpretam-no, bem como à lei, aplicando-os ao caso concreto.

À evidência que o cabedal de conhecimentos de cada um influenciará na apreciação do fato tratado no processo.

A pergunta que geralmente se faz é: “qual é o resultado que a compreensão da norma, realizada por mais de uma pessoa, pode trazer a concretização judicial?”

O Dr. João Barbalho, nos seus Comentários à Constituição Brasileira, assim se referiu à Justiça Militar: “A infração do dever militar por ninguém pode ser melhor apreciada do que por militares; eles, mais que os estranhos ao serviço das armas, sabem compreender a gravidade da situação e as circunstâncias que podem modificá-la”.

O aprendizado nas escolas militares e na vida em caserna incute aos homens fardados valores especiais relativos aos princípios da disciplina e hierarquia, fundamentais para a existência de suas instituições, repetimos. De outro lado, ao juiz Auditor cabe a tarefa de analisar juridicamente os fatos e aplicar corretamente a lei, dentro do senso comum teórico dos juristas.

Destarte, a sentença proferida é uma adequação de compressões em que está presente a prática e o conhecimento jurídico.

Deixa-se ainda consignado que há Justiça Militar nos Estados Unidos, na Inglaterra, Espanha, Portugal, Alemanha, França, Itália e Áustria, segundo Paulo Tadeu Rodrigues Rosa, Mestre em Direito Administrativo pela UNESP e especialista em Direito Administrativo pela UNIP.

***José Álvaro Machado Marques,***  
***juiz auditor da 4ª Auditoria Militar do Estado de São Paulo***



**CRIME MILITAR  
E CRIME COMUM  
- ASPECTOS PRÁTICOS**

***Lauro Ribeiro Escobar Jr.***



# CRIME MILITAR E CRIME COMUM

## - Aspectos Práticos

*Lauro Ribeiro Escobar Jr.*

Observa-se que, pelo atual ordenamento jurídico, crime militar é o que a **lei** define, objetivamente, como tal. E que lei é essa apontada pela Constituição? Temos como resposta que se trata do Código Penal Militar. E onde estão enumeradas as hipóteses dos crimes militares, fixando a competência da Justiça Militar? Iremos buscar a chave reguladora de toda a configuração dos crimes militares nos artigos 9º e 10 do atual Código Penal Militar.

O artigo 10 trata dos crimes militares em tempo de guerra. E o artigo 9º dos crimes militares em tempo de paz, com a sua clássica divisão em propriamente militares (ex.: deserção, embriaguez, dormir em serviço, etc.) e impropriamente militares, vale dizer, aqueles com idêntica previsão na legislação penal ordinária (ex.: lesão corporal)

Como esses pontos já foram tão bem expostos pelo Dr. Jorge César de Assis, optei, nesta exposição, por trazer alguns casos práticos de crimes militares, vivenciados pela nossa experiência como Juiz Auditor.

Antes, gostaríamos de deixar claro que o Código Penal Militar é uma lei especial. E não podemos confundir lei especial (*jus singulari*) com lei excepcional (*privilegium*). Como esclarece Pietro Vico (*Diritto penale militare*) a lei penal militar seria excepcional se tomasse para seu fundamento jurídico exclusivamente a qualidade militar da pessoa do acusado, ou se a lesão de deveres perfeitamente idênticos e comum aos militares e a todos os outros cidadãos cominasse uma sanção diversa, ou também se estendes-se sua eficácia além do quanto pudesse exigir a exata observância dos deveres militares. A lei penal militar, ao contrário, mira diretamente a incriminação de ofensas a especiais deveres, e tem em consideração a qualidade da pessoa enquanto ela se torna culpada da violação de tais deveres; nem se afasta do direito comum, senão somente quando as disposições deste são incompatíveis com a índole dos crimes militares. Assim, a lei penal militar, embora formando o direito próprio e particular dos militares, é sempre, por outro lado, uma lei especial em confronto com a lei penal geral.

No dizer de Grispieni (*Derecho penal italiano*) o direito penal militar é uma especialização, um complemento do direito comum, apresentando um corpo autônomo de princípios, com espírito e diretrizes próprias.

Passemos, então, à análise de casos concretos. Como primeiro exemplo citaria a diferença do crime militar na esfera federal e estadual. Temos apenas um Código Penal Militar que se aplica tanto às Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica), como para à Polícia Militar (incluindo-se, neste último caso, também os bombeiros militares), por força do artigo 125, §4º da Constituição Federal. Entre diversas diferenças, avulta a possibilidade de se processar e julgar civis na Justiça Militar federal e sua impossibilidade na estadual. Desta forma, se um civil ingressar clandestinamente em um quartel do Exército, será processado perante a Justiça Militar federal.

Se porém esse mesmo civil ingressar clandestinamente num quartel da Polícia Militar, não poderá ser processado na Justiça Militar estadual. Lembro-me de um caso em que um rapaz que fez pichações e causou danos no muro de um Quartel do Exército, foi processado por tal fato pela Justiça Militar federal, o que não ocorreria se o Quartel fosse da Polícia Militar. Não que o fato seja atípico. Esse civil teria cometido o ilícito de danos. Só que ele não seria processado na Justiça Militar estadual, mas sim na Justiça Comum. E isso porque a própria Constituição Federal determina que compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares, nos crimes militares definidos em lei (artigo 125, §4º), sem estender esta competência, no caso, aos civis. E como já vimos, essa lei é o Código Penal Militar.

Além disso, se um militar do Exército, em co-autoria com um civil, praticam crime de peculato, ou seja, apropriação indevida ou subtração de determinado bem de propriedade do Exército, ambos (o civil e o militar) serão processados na Justiça Militar Federal. Isso, entretanto, não ocorre no âmbito estadual. O policial militar será processado na Justiça Militar estadual e o civil na Justiça Comum.

Outro caso de interesse: policial militar que pratica abuso de autoridade, comete crime militar? A resposta é negativa. Já dissemos que crime militar é o que está previsto na lei, no caso, no Código Penal Militar. E o crime de abuso de autoridade não está previsto no Código Penal Militar, mas sim em lei especial, que não se aplica à Justiça Militar. E será ele julgado na Justiça comum. Isso causa um gravame ao policial, pois se além do abuso de autoridade ou em decorrência dele, praticar uma lesão corporal, teremos dois processos: um tramitando da Justiça comum (que irá apurar o abuso de autoridade) e outro na Justiça militar (que irá apurar a lesão corporal), com o risco de se ter duas decisões antagônicas. Até porque as provas carreadas em um ou em outro podem ser diferentes. Concluindo, nenhum crime ausente no Código Penal Militar, nenhuma lei especial como a lei de abuso de autoridade, tortura, sonegação fiscal, tóxicos, hediondos, defesa do consumidor, etc., será objeto da competência da Justiça Militar. Também poderia ocorrer essa dicotomia de julgamentos na hipótese em que um policial militar e um policial civil, em co-autoria cometessem lesão corporal contra um civil. O policial militar responderia na Justiça especializada e o civil na comum. É isso o que atualmente consta da Súmula 90 do Superior Tribunal de Justiça.

Mais um caso de interesse: lesão corporal culposa, causada por policial militar em serviço, como motorista de uma viatura oficial. Desde 1.984, quando iniciei minhas atividades como operador do direito na Justiça Militar, já havia entendimento de que a Justiça militar não era competente para apreciação do fato. E isso eu nunca havia entendido, pois se o policial militar, de serviço, com uma viatura oficial, de forma imprudente, desrespeita regras de trânsito e provoca um acidente que ocasiona lesão corporal em outras pessoas, deveria responder perante a Justiça Militar. No entanto a competência era da Justiça comum. E nesse ponto ressalto a importância de eventos como este. Foi exatamente num desses eventos, realizado em outro Estado, que o Dr. Ronaldo João Roth, como participante, trouxe a informação de que nós (do Estado de São Paulo) éramos o único Estado da Federação cuja Justiça Militar não julgava esse tipo de delito. Com base nisso passamos a nos dar por competentes em casos dessa natureza, provocando assim a manifestação do Tribunal de Justiça Militar. Este, por sua vez, acolheu os argumentos por nós expostos e acabou por firmar

jurisprudência no sentido de fixar nossa competência para apreciação do fato. E tal posicionamento foi levado também ao Procurador Geral de Justiça que concordou conosco. Graças a esse intercâmbio de idéias, como o que estamos realizando hoje, mudamos algo que era como se fosse um dogma para o assunto e atualmente temos a competência plena para apuração e julgamento de delitos de lesão corporal culposa.

Da mesma forma, entendemos que deveríamos julgar os crimes de fuga de preso, na modalidade culposa. Atualmente vigora o posicionamento de que se uma pessoa presa em um estabelecimento penal comum foge, o policial militar que fazia a segurança externa do presídio ou a escolta deste preso, responderá perante a Justiça comum. Mas se o preso estiver sob a custódia do Presídio Militar, a competência será da Justiça Militar. Entendemos que em ambas as situações o policial militar deveria responder perante a Justiça Militar, tendo em vista estar de serviço.

Outras duas questões de relevância que já foram tema de muitas controvérsias, mas que atualmente estão pacificadas, com alteração do Código Penal Militar. São elas: o uso da arma da corporação, por um policial militar de folga para praticar um crime comum e a atuação *propter officium* do policial militar.

Anteriormente se um policial militar fizesse uso de uma arma da corporação, para a prática de um ato ilícito, mesmo que estivesse de folga e em trajes civis, a competência para julgá-lo seria da Justiça Militar. Tivemos diversos casos nesse sentido. Só para dar um exemplo, lembro-me de um processo em que um policial que praticou um roubo contra um supermercado. Embora estivesse de folga e em trajes civis, a competência era da Justiça Militar, pois utilizou-se, para a prática do delito de armarção de propriedade militar. O artigo 9º, inciso II, alínea “f” do Código Penal Militar assim determinava. Em outra ocasião um policial atirou em sua sogra e a matou utilizando-se de arma pertencente à Corporação. Também foi julgado por essa Justiça especializada. Atualmente não temos mais esse tipo de problema, uma vez que aquela alínea foi revogada. Portanto, para a configuração de crime militar, pouco importa que se use uma arma da corporação ou particular. Deve-se ter em conta as demais alíneas do Código Penal Militar.

Por outro lado se um policial militar estivesse de folga e um seu vizinho, sabendo da sua condição de policial o chamasse para ajudá-lo em uma ocorrência, mesmo que naquele momento agisse como policial militar, responderia por eventual delito praticado na Justiça Comum. Atualmente foi alterado artigo 9º, inciso II, alínea “c” sendo que a nova redação determina que é crime militar o praticado por militar em serviço ou atuando em razão da função, mesmo que fora do lugar sujeito à administração militar.

É interessante lembrar o caso de um policial militar de um Estado que comete um crime militar em outro Estado da Federação. Na hipótese, o interesse penalmente tutelado é do Estado a cuja corporação pertence o militar acusado (muito embora o delito tenha sido praticado no território de outro Estado), o que justifica a aplicação do princípio geral do direito pelo qual, em caso de conflito de critérios para fixação de competência, o especial prevalece sobre o geral. Atualmente há Súmula do Superior Tribunal de Justiça a respeito.

Finalmente citaria as hipóteses de crime praticado entre policiais militares.

a) dois policiais militares em serviço sendo que um atira contra o outro e o mata. Sabemos que os homicídios não são mais julgados pela Justiça Militar, mas sua competência prevalece quando autor e vítima são militares. Assim, mesmo diante de um crime doloso contra a vida, se praticado entre militares, a competência continua sendo da Justiça Militar.

b) marido e mulher – ambos policiais militares de folga e em trajes civis. Tivemos diversos casos nesse sentido, inclusive de homicídios. Um deles, há pouco tempo, em que um policial militar, por questões de ciúmes, matou sua esposa, que também era Policial Militar. Mesmo que o motivo determinante do delito não se prenda a um fato de interesse militar, a competência é da Justiça Militar.

c) dois policiais militares, ambos de folga e em trajes civis. Um atira contra o outro e o mata. Nenhum dos dois tinha ciência de que o outro era policial militar. Pelo critério objetivo adotado pelo nosso Código, entendemos, em que pese posicionamentos contrários, que a competência é da Justiça Militar.

**Lauro Ribeiro Escobar Jr.,**  
**juiz auditor da 2ª auditoria Militar de São Paulo**



**DA EXECUÇÃO DA  
PENA NA JUSTIÇA  
MILITAR ESTADUAL**

***Luiz Alberto Moro Cavalcante***



# DA EXECUÇÃO DA PENA NA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

*Luiz Alberto Moro Cavalcante*

No Código Penal Militar, as penas privativas de liberdade não são executadas em forma progressiva, porque não existem os regimes fechado, semi-aberto e aberto.

A pena, pelo Código, se de até dois anos de detenção ou de reclusão, é convertida em prisão e cumprida pelo Oficial em recinto de estabelecimento militar (quartel) e pela praça, em estabelecimento penal militar (prisão militar) – Art. 59, I e II, do CPM. Se superior a dois anos, a pena de detenção ou reclusão é cumprida pela praça ou oficial em penitenciária militar e, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o militar sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar (Art. 61 do CPM).

A execução da pena compete ao auditor da Auditoria por onde correu o processo (Art. 588 do CPPM).

A suspensão condicional da execução da pena (*sursis*) e o livramento condicional são os benefícios previstos no Código Penal Militar (Art. 84 e Art.89, do CPM). O Código de Processo Penal Militar, em seus artigos 643 e 650, disciplina o indulto, a comutação e a anistia, que são benefícios estabelecidos na Constituição Federal.(Artigo 84, XII, Artigo 48, VIII e Artigo 5º, XLIII, da CF).

No Estado de São Paulo foi criado por lei o Presídio Militar “Romão Gomes” que, por ter características de penitenciária militar e de estabelecimento militar (quartel), destina-se ao internamento dos militares, oficiais e praças, qualquer que seja a pena (Artigo 92 da Lei número 5.048, de 22 de dezembro de 1958).

Na Justiça Militar do Estado de São Paulo, em face da existência de Presídio Militar e do elevado número de presos, foi criado pela Lei número 333, de 8 de julho de 1974, um cargo de Juiz Auditor para as execuções criminais das penas impostas aos militares estaduais. Por isso, as Auditorias não mais executam penas, mas sim: expedem carta de guia para o Juízo das Execuções.

Embora o cargo de Juiz tenha sido criado em 1974, o Cartório Judicial de execuções criminais só foi criado em 5 de março de 1993, pela Lei número 8.237.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça Militar do Estado, em seu Art. 256, determina que “A execução penal das decisões judiciais obedecerá ao disposto na legislação castrense e na Lei de Execução Penal, no que couber”.

Acredita-se que o fundamento para a aplicação da Lei de Execução Penal – Lei número 7.210, de 11 de julho de 1984 - seja o emprego da analogia *in bonam partem*, porque, pela redação do Parágrafo único do seu Artigo 2º, ficou claro que o legislador não teve a vontade de abranger os presos militares recolhidos em estabelecimento sujeito à jurisdição militar. Trata-se, pois, da regulação da execução da pena no Presídio Militar pela lei feita para regular a pena em estabelecimento penal civil, em razão

da inexistência de norma castrense e da semelhança fática, com supedâneo no Artigos 12 e 40, do Código Penal.

O Juiz das execuções criminais é o responsável pela correição e regulamentação do Presídio Militar (Artigo 93 da Lei número 5.048, de 22 de dezembro de 1958).

Os militares condenados pela Justiça comum também cumprem pena no Presídio Militar “Romão Gomes”. Nesses casos, compete ao Juiz Auditor executar as penas, para isso a Justiça comum encaminha-lhe as guias de recolhimento.

A Aplicação da Lei de Execução penal possibilita conceder aos condenados pela prática de crime militar remição de pena pelo trabalho, saídas temporárias, saídas para trabalho externo e o cumprimento da pena nos regimes fechado, semi-aberto e aberto, dependendo da situação.

Isto dá a eles os mesmos direitos dos indivíduos condenados pela Justiça comum e facilita a execução das penas, principalmente quando o Juiz das execuções criminais tem que unificar ou somar penas de jurisdições distintas (da Justiça comum e da Justiça Militar).

Ademais, evita a ocorrência de situações injustas e de tratamentos diversos para penas semelhantes. Como, por exemplo, o cumprimento da pena do crime militar em um único regime, o de internação, independentemente da quantia (um ano, dois anos, dez anos etc.), enquanto a pena do crime comum pode ser cumprida até em regime aberto, dependendo da situação.

Nas sentenças condenatórias da Justiça Militar do Estado, o regime inicial de cumprimento da pena é estabelecido nos termos do Art. 33 e §§, do Código Penal.

Apesar da tentativa de dar o mesmo tratamento para fatos equivalentes, ainda existem algumas situações semelhantes que por força de lei recebem tratamentos distintos. Algumas vezes mais rigorosos para os condenados pela prática de crime militar, como no caso do livramento condicional, em que a lei penal militar exige pelo menos o cumprimento de mais da metade da pena para o sentenciado primário e de mais de dois terços ao reincidente (Art. 89 CPM) – no CP é um terço e metade, respectivamente (Art. 83); e outras vezes mais brandos para eles, como nos crimes militares que correspondem às hipóteses definidas na Lei número 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, com direito à progressão de regime e livramento condicional após o cumprimento de metade da pena, enquanto a pena do crime hediondo é cumprida integralmente em regime fechado (Art. 2º, § 1º) e o livramento condicional somente é obtido após o cumprimento de dois terços da pena (Art. 83, V, do CP).

Sabe-se que a lei dos crimes hediondos ignora os crimes militares. Aliás, a aplicação desta lei cria dificuldades na execução da pena, principalmente quando o sentenciado tem de cumprir pena de crime hediondo mais pena de crime não hediondo. A lei de execução penal manda unificar ou somar as penas (Art. 63, III, “a” e Art. 111, Parágrafo único), mas nem sempre isto é possível. A dificuldade aumenta quando é necessário verificar a data em que o condenado passa a ter direito ao livramento condicional. O preso tem de cumprir mais de dois terços da pena do crime hediondo e mais de um terço da pena do outro crime, entretanto, em tese, esta última pena só

pode ser executada após o término da mais grave (Inteligência dos artigos 75, § 2º e 76 do CP). A observância rigorosa desta regra anularia o benefício para o crime hediondo, o que não é justo e nem é a melhor solução.

Das decisões proferidas pelo Juiz das Execuções Criminais da Justiça Militar cabe recurso de agravo, sem efeito suspensivo, ao Egrégio Tribunal de Justiça Militar do Estado (Art. 197, da Lei de Execução Penal). Os Artigos 147 a 154 do Regimento Interno do Tribunal disciplinam como deve ser instruído, processado e julgado o recurso. Em síntese, o recurso segue o rito do recurso em sentido estrito.

Concluindo, a execução da pena na Justiça Militar do Estado de São Paulo é feita pelas mesmas regras que disciplinam a execução da pena na Justiça comum, que é a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84).

***Luiz Alberto Moro Cavalcante,  
juiz auditor das Execuções Criminais da  
Justiça Militar do Estado de São Paulo***



**ABSOLVIÇÃO CRIMINAL  
E REINTEGRAÇÃO DO MILITAR**

*Paulo Tadeu Rodrigues Rosa*





# ABSOLVIÇÃO CRIMINAL E REINTEGRAÇÃO DO MILITAR

*Paulo Tadeu Rodrigues Rosa*

As forças policiais são responsáveis pela preservação da ordem pública, em seus aspectos segurança pública, tranquilidade, e salubridade, conforme dispõe o art. 144, da Constituição Federal.

No exercício de suas funções, os militares estaduais que integram as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares, art. 42 da CF, são regidos tanto pelos diplomas civis, Código Penal, Código de Processo Penal, Leis Especiais Criminais, como pelos regramentos militares, Código Penal Militar, Código de Processo Penal Militar, Leis Especiais Militares, e Regulamentos Disciplinares.

O militar estadual ao praticar um ato ilícito poderá ser responsabilizado na seara penal, administrativa, e até mesmo civil. A possibilidade de ser responsabilizado por um mesmo ato tanto campo penal como administrativo não é uma regra para todas as Forças Auxiliares do Estados-membros.

O Estado de Minas Gerais no caso de crime doloso determina que a abertura do processo administrativo deve aguardar o término do processo-crime, a não ser que o ato praticado cause prejuízo a imagem da Instituição Militar Estadual, como ocorre com a prática do art.12, da Lei 6368/76, tráfico de entorpecentes.

A questão dos reflexos do ato criminal na esfera administrativa não pode deixar de levar em consideração que o direito administrativo disciplinar militar é um ramo autônomo do direito, e não se encontra vinculado ao direito penal, o que permite que no caso de um ato ilícito com repercussões no campo penal e administrativo seja possível a abertura de um processo-crime e um processo administrativo destinados a analisar a conduta praticada pelo militar.

O Estado de São Paulo com base no Regulamento Disciplinar vigente, o mesmo ocorrendo com o regulamento anterior, não vincula a abertura do processo administrativo ao término do processo criminal. Neste sentido, se um policial militar praticar um crime de peculato poderá ser processado na área penal, e também no âmbito administrativo pela prática de transgressão disciplinar grave representada pelo ato de improbidade.

O dilema da questão surge quando pelo mesmo ato, o militar estadual é absolvido na seara penal, e perde a função no âmbito da Administração Pública Militar. Segundo algumas legislações estaduais, nestas situações o militar poderá ser reintegrado ao serviço público.

A Constituição Federal de 1988 assegura ao militar prerrogativas no exercício de suas funções que estão estabelecidas nos arts. 42, e 142. No tocante aos reflexos do ato ilícito penal no campo administrativo, algumas Constituições, como a do Estado de São Paulo, e algumas Leis Federais, como o Estatuto dos Funcionários da União,

estabelecem que a absolvição no campo penal permitirá a reintegração do servidor aos quadros da Administração.

A Federal 8.112/1990 no art. 126, estabelece expressamente que a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição que negue a existência do fato ou sua autoria, não fazendo menção à absolvição por insuficiência de provas.

Acontece que as normas jurídicas que tratam dos reflexos da absolvição criminal no campo administrativo não discriminaram qual a espécie de absolvição que permitirá a reintegração do militar a Corporação a qual pertencia.

O Poder Judiciário como guardião dos direitos e garantias do cidadão e responsável pela pacificação das lides tem entendido que a absolvição por insuficiência de provas não assegura ao militar o direito de ser reintegrado.

O S.T.F e o S.T. J de forma majoritária tem decidido que a absolvição por insuficiência de provas não assegura ao interessado o direito de ser reintegrado na função pública. O direito administrativo possui autonomia, sendo que neste campo é analisada a conduta do militar como integrante de uma corporação regida por princípios de hierarquia, disciplina, e ética, que são essenciais na vida militar.

O S.T.J, no **ROMS n 15711/GO**, que teve como relator o Ministro Jorge Scartezini, 5ª Turma, por v.u, reconheceu a possibilidade de oficial da Polícia Militar ser excluído da Corporação por ato do Comandante Geral, afastando as disposições do art. 125, parágrafo 4 da CF, por entender ser cabível apenas no caso de crime militar

Se o militar pretender ser reintegrado aos quadros da Administração Pública, a absolvição deverá ocorrer em uma outra modalidade que não seja a insuficiência de provas como já decidiu o Supremo Tribunal e o Superior Tribunal de Justiça.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A absolvição criminal não assegura necessariamente ao servidor militar estadual o direito de ser reintegrado à Corporação Militar a qual pertencia.

Para que possa ser reintegrado é preciso que a absolvição não seja por insuficiência de provas.

A respeito da matéria o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça já se posicionaram de forma majoritária reconhecendo que a absolvição por insuficiência de provas não autoriza o retorno do militar estadual em razão da autonomia do direito administrativo.

O Superior Tribunal de Justiça, em decisão proferida em Recurso Especial decidiu que, "ADMINISTRATIVO - MILITAR- EXCLUSÃO DAS FILEIRAS DA CORPORACÃO - ABSOLVIÇÃO NA ESFERA PENAL - REINTEGRAÇÃO - Existência de comunicabilidade entre a esfera penal e a administrativa quando da ocorrência de sentença penal absolutória com suporte nos incisos I e IV do art. 386, do CPP. RESP 570560/GO - Relator - Ministro Jorge Scartezini – 5ª Turma - v.u." - Diário da Justiça 28.06.2004, p. 00401.

A falta da falta criminal ter reflexos no campo administrativo não afasta a possibilidade de uma sanção em razão da conduta adota pelo militar, que se afastou dos princípios que devem pautar a sua conduta.

O legislador instituiu várias hipóteses de absolvição, que devem ser consideradas pelo julgador no momento de proferir a sua decisão. A absolvição por insuficiência de provas não assegura ao interessado o direito de ser reintegrado. Caso entenda que a sua absolvição deva ocorrer em uma outra hipótese deve recorrer a instância superior.

O Poder Judiciário é o guardião dos direitos e garantias fundamentais do cidadão, mas a Administração Pública possui princípios estabelecidos na Constituição Federal que devem reger as suas atividades, o mesmo ocorrendo com os agentes, que devem pautar as suas atividades nos princípios de ética e disciplina, na busca do desenvolvimento de suas atividades, que devem estar voltadas para o fortalecimento do Estado de Direito e do bem comum.

**Paulo Tadeu Rodrigues Rosa,**

***juiz auditor substituto respondendo pela titularidade da 2ª AJME/MG, professor de IED na Academia de Polícia Militar do Estado de Minas Gerais, mestre em Direito pela UNESP, membro titular da Academia Mineira de Direito Militar, Academia Ribeirãopretana de Letras Jurídicas, parceiro-assessor da Academia de Letras João Guimarães Rosa da PMMG.***

## **BIBLIOGRAFIA**

CASTRO, Sonia Rabello. Coletânea da Legislação de Direito Administrativo. Rio de Janeiro : Editora Renovar, 2001.

LUZ, Egberto Maia. Direito Administrativo Disciplinar – Teoria e Prática. 3ª ed. São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 1994.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Responsabilidade do Estado por Atos das Forças Policiais. Belo Horizonte : Editora Líder, 2004.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. Direito Administrativo Militar – Teoria e Prática. Rio de Janeiro : Editora Lume Juris, 2003.

Constituição do Estado de São Paulo. São Paulo : Editora Atlas, 2003.

Constituição do Estado de Minas Gerais. Belo Horizonte : Editora Del Rey, 2003.

Constituição do Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro : Editora Idéia Jurídica, 2003.

Lei 8112/1990. Estatuto dos Funcionários da União. São Paulo : Editora Saraiva, 2003.



**DA PERDA DO POSTO  
E DA PATENTE E DA  
GRADUAÇÃO DAS PRAÇAS**

***Pedro Falabella Tavares de Lima***



# DA PERDA DO POSTO E DA PATENTE E DA GRADUAÇÃO DAS PRAÇAS

*Pedro Falabella Tavares de Lima*

A Constituição Federal, em seu Artigo 125, § 4º, diz que “Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças”.

Bem por isso, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça Militar de nosso estado, em seu Artigo 126, estabelece que “a declaração de indignidade ou incompatibilidade com o oficialato, e a conseqüente perda do posto e patente, e a perda de graduação das praças, nos casos previsto em lei, será proferida pelo Tribunal:

- I – mediante representação do Ministério Público;
- II – no julgamento de processo oriundo do Conselho de Justificação, de que trata a Seção III deste Capítulo”.

Os Conselhos de Justificação têm início na esfera administrativa, e, lá instruídos e previamente apreciados, no caso de haver recomendação de perda do posto e da patente dos Oficiais, vêm diretamente à Segunda Instância do Judiciário, para decisão final. Disto tratou, exemplarmente, nosso companheiro de mesa.

Casos há, porém, em que o Membro da Polícia Militar, Oficial ou Praça, quando condenado por sentença criminal transitada em julgado, responderá, ainda, por fim, a processo que se inicia por representação do Procurador de Justiça que oficia perante o Tribunal de Justiça Militar estadual.

Nestes feitos, iniciados por Representação do Ministério Público depois de haver transitado em julgado sentença penal condenatória, não se estará a debater a ocorrência desse agir, enquanto fato típico, antijurídico e culpável; mas a natureza ético-moral dessa mesma conduta, se geradora da indignidade ou incompatibilidade com o Oficialato, ou merecedora de ensejar a perda de graduação da Praça.

Trata-se, pois, de julgamento sobre a conveniência de impor pena acessória a quem já foi condenado, em caráter definitivo, pela prática de crime, militar ou não.

Temos notícia de que, em caso de condenação criminal de Praças das Forças Armadas (porque não incide, na esfera Federal, a norma do Artigo 125, §4º, acima referida), a imposição da pena acessória de perda da graduação é determinada na própria sentença de Primeira Instância, do mesmo modo que, ensina o dr. Evanir, ocorria no âmbito da Justiça Militar estadual, até o advento da Constituição Federal de 1988.

Nestes feitos, o Representado possui Defensor, a quem é dado apresentar Razões. O procedimento, porém, não ensejará nova instrução; as circunstâncias, autoria e materialidade do crime são já, nele, “coisa julgada”; caberá ao Tribunal, portanto, nesse momento, apreciar apenas questão relativa a estar ou não, a conduta que

mereceu a condenação criminal irrecorrível, a recomendar seja o Oficial ou a Praça excluído dos quadros da Polícia Militar. O que se julga, nesses feitos, assim, é se a conduta criminosa ofendeu a ética, a moral, a honra, o decoro, a disciplina, o pundonor — de modo a recomendar a exclusão do Sentenciado dos quadros da Corporação Militar. Como se vê, sob esse aspecto, há certo paralelismo entre o julgamento dos Conselhos de Justificação pelo Tribunal de Justiça Militar e o julgamento dessas Representações.

Convém recordar o que já elucidado pelo ilustre dr. Evanir Ferreira Castilho: antes da vigência da atual Constituição, já a sentença condenatória de Primeira Instância, via de regra, consignava a perda das graduação das praças ou do posto e patente dos Oficiais, como pena acessória. Hoje, por força do dispositivo constitucional acima citado, somente os Tribunais de Justiça Militar, onde houver, ou os Tribunais de Justiça, nos demais Estados, são competentes para tanto.

Encerramos destacando que, na hipótese de o Tribunal recomendar, no Acórdão, a Representação para a perda da graduação da Praça ou para a indignidade para (ou incompatibilidade com) o Oficialato, e com isto não estar de acordo o Procurador de Justiça, este deve requerer o arquivamento do feito, cabendo ao Presidente da Corte castrense, se julgar oportuno, remeter a decisão final (sobre representar ou não) ao Procurador-Geral de Justiça, em analogia ao disposto nos Artigos 28 do CPP e 397 do CPPM.

Não temos larga experiência de trabalho junto à Justiça Militar. Temos, porém, sim, uma vida profissional (de já duas décadas e meia) dedicada ao Ministério Público, sempre às voltas com o Direito Penal e com a Justiça Criminal. Seria injusto encerrar estas palavras sem dizer estarmos, hoje, muito satisfeitos com o serviço que vimos desempenhando, exatamente em face da seriedade com que a Corregedoria da Polícia, especificamente, e os Membros da Polícia Militar paulista, de um modo geral, encaram a necessidade de coibir a prática dos crimes nas fileiras da milícia bandeirante; isto é digno de nota, merecedor de nossos maiores elogios.

Crimes como os de Corrupção passiva, Concussão, Prevaricação e Peculato, que nunca ou quase nunca representam, para o operador do Direito, mais do que a chamada “letra morta da lei”, aqui, na Justiça Militar, são semanalmente julgados; seus agentes, no mais das vezes, condenados a severas penas. Isto não indica a “maior podridão” da Polícia Militar de São Paulo, em relação aos demais órgãos da administração pública estadual. Indica, apenas e alvissareiramente, que a Polícia Militar paulista combate, sim, em seu seio, a corrupção e a inoperância que campeiam em toda a máquina da administração pública paulista e brasileira.

Este mal, é necessário frisar, parte, historicamente até, de nossas elites econômicas e impõe, ao Brasil e a sua humilde gente, grandes e conhecidos infortúnios. A corrupção e a inoperância do Estado encontram causa primeira no atendimento escuso de interesses privados de grandes empresários nacionais e estrangeiros; estão, pois, na raiz da penúria material e espiritual que cobre, como nuvem de gás venenoso, todo o território de nossa querida Pátria.



O combate corajoso à prática desse tipo de delito, no corpo de Servidores Públicos da PM bandeirante, é postura verdadeiramente patriótica. Seríamos um País bem melhor, do qual muito mais nos poderíamos orgulhar, se a seriedade do trabalho da Corregedoria da PM e da Justiça Militar, em São Paulo, fosse exemplo seguido por toda a nossa Nação.

Bem por isso, Promotores e Procurador de Justiça que trabalham perante a Justiça Militar são animados por verdadeiro espírito de idealismo; aqui, hoje, a concretização da Justiça é bem mais efetiva do que “lá fora”.

Enche-nos a alma de alegria e de esperança, ainda, saber que, no Presídio Romão Gomes, é exemplar o modo como se dá o cumprimento das penas privativas de liberdade; saber que ali, de fato, há regeneração de criminosos; saber que a recuperação de delinqüentes é muito mais do que uma mera idéia acadêmica.

Quem ama o Direito, enquanto ciência, e almeja, com seu trabalho de Servidor Público, a efetiva concretização de Justiça, não fica indiferente ao que há para ser visto e vivido no âmbito da Justiça Militar de São Paulo.

***Pedro Falabella Tavares de Lima,***  
***procurador de Justiça***



**OS CONSELHOS DE  
JUSTIÇA E OS CONSELHOS  
DE SENTENÇA**

***Reinaldo Zynchan de Moraes***



# OS CONSELHOS DE JUSTIÇA E OS CONSELHOS DE SENTENÇA

*Reinaldo Zynchan de Moraes*

A análise da estrutura do Poder Judiciário em sua atual configuração, particularmente após a Emenda Constitucional Nº 24, de 09.12.1999, mostra que somente restaram dois órgãos colegiados em primeira instância, ou seja, o Tribunal do Júri, previsto no artigo 5º, inciso XXXVIII da Constituição Federal, e os Conselhos de Justiça da Justiça Militar da União e Estadual, previstos, respectivamente, no artigo 122, inciso II e artigo 125, § 3º do texto constitucional. Cabe ser ressaltado, por oportuno, que outros órgãos colegiados foram criados na primeira instância pelas leis que criaram os Juizados Especiais Cíveis e Criminais da Justiça Estadual e Federal (Leis Nº 9.099/95 e 10.259/01), contudo estes possuem somente competência recursal.

Dessa forma, aquele que desconhece a organização da Justiça Militar, ao ser apresentado às suas regras estruturais e procedimentais acaba, por vezes estabelecendo uma certa confusão que consiste em estender aos Conselhos de Justiça os princípios próprios do Tribunal do Júri.

Convém então que se faça uma análise pontual nas regras do Tribunal do Júri, procurando apresentar as semelhanças e diferenças que existem em relação aos Conselhos de Justiça.

Inicialmente, podemos apontar como semelhanças, além de ambos serem órgãos colegiados, o fato de que tanto o Conselho de Justiça como os Conselhos de Sentença serem formados mediante sorteio. A partir desta semelhança, todos os demais elementos de comparação mostram as diferenças entre ambos.

Tanto o Conselho de Sentença como o Conselho de Justiça – no que se refere aos Juizes Militares - não possuem uma composição fixa, bem como não são formados por juizes togados.

A escolha do jurado se dá com a elaboração de uma lista geral, nos termos do artigo 439 do Código de Processo Penal, segue-se a escolha por sorteio de vinte um deles para que compareçam à sessão de julgamento e um novo sorteio para a escolha dos sete que comporão o Conselho de Sentença. Por definição o Júri é formado de cidadãos, que em regra não possuem uma sólida formação jurídica e é justamente este o espírito norteador de sua existência, contudo, esta opção constitucional redundante em limitar seu poder de decisão para questões de fato.

Por outro lado os Conselhos de Justiça, no que se refere aos Juizes Militares, apesar de serem formados por sorteio, são integrados por Oficiais das Forças Armadas – no caso de crimes militares da competência da Justiça Militar da União, ou por Oficiais das Polícias Militares ou dos Corpos de Bombeiros Militares – quando o crime militar for da competência da Justiça Militar Estadual. Tais Oficiais têm formação superior com grande ênfase nas matérias jurídicas. A título de exemplo, no Estado de

São Paulo os Oficiais são formados em curso de quatro anos (Curso de Formação de Oficiais) na Academia de Polícia Militar do Barro Branco, no qual é praticamente esgotado o conteúdo de um curso regular de bacharelado em direito. Portanto, em razão da formação destes, a lei processual penal militar (Código de Processo Penal Militar – Decreto-lei nº 1.002/69) lhe incumbe de apreciar questões de fato e de direito.

Encerradas as semelhanças, se aguçam as diferenças que, como se verá, são extremamente destacadas.

Inicialmente observa-se que a competência do Tribunal do Júri está definida no texto constitucional no artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “d”, estando atrelada ao julgamento dos crimes dolosos contra a vida, sendo que a competência dos Conselhos de Justiça, no mesmo texto normativo, está firmada pelo artigo 124, “caput”, para a Justiça Militar da União, e artigo 125, § 4º, no caso das Justiças Militares Estaduais. No que se refere às últimas se observa que a competência está vinculada ao processo e julgamento dos crimes militares, razão pela qual se faz, como absolutamente necessário, conhecer a sistemática utilizada pelo Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1.001/69) na definição e tipificação dessas infrações penais.

Outro aspecto relevante e diferenciador ocorre na coleta das provas em audiência, pois os Oficiais que formam o Conselho de Justiça desta participam ativamente, assim, v.g., eles formulam perguntas aos réus e testemunhas. Por outro lado, na sistemática do Tribunal do Júri ao jurado é destinada uma participação passiva na coleta das provas, pois estes, ainda que possam solicitar por meio do Juiz Presidente algum esclarecimento, não podem extrapolar os tênues limites firmados para a sua participação, neste particular, no processo.

No que se refere à forma como é realizada a decisão, a sistemática do Código de Processo Penal, seguindo os parâmetros constitucionais, estabelece que o Conselho de Sentença decide pelo Sistema da Íntima Convicção, no qual em suas decisões não há fundamentação, face ao Princípio do Sigilo das Votações (art 5º, inciso XXXVIII, alínea “b”, da CF). Ainda nesse particular, a decisão do Conselho de Sentença se dá longe das vistas do público em uma sala secreta, por meio de respostas simples – sim ou não – para quesitos formulados pelo Presidente do Tribunal do Júri em razão do conteúdo das teses de acusação e de defesa. Ao final, em razão do decidido pelos jurados e em respeito ao Princípio da Soberania dos Verdictos (art 5º, inciso XXXVIII, alínea “c” da CF), o Juiz Presidente irá redigir a sentença, a qual “será fundamentada, salvo quanto às conclusões que resultarem das respostas aos quesitos” – artigo 493 do Código de Processo Penal.

Por seu turno, os Conselhos de Justiça decidem pelo Sistema do Livre Convencimento Motivado, em respeito ao disposto no artigo 93, inciso IX, de nossa Carta Magna, onde cada um dos seus membros deve em sessão pública expor de forma fundamentada a sua decisão. Neste particular, em especial pela sua eloquência, deve ser observado o artigo 435 do Código de Processo Penal Militar que fixa como é processada a manifestação de cada um dos componentes do Conselho durante a votação, as quais redundam na elaboração de uma sentença conjunta e na fixação de eventual sanção a ser aplicada ao caso concreto.

Estabelecidas estas diferenças, se faz conveniente o acréscimo de mais alguns comentários sobre a formação dos Conselhos de Justiça na Justiça Militar do Estado de São Paulo.

Seguindo as normas processuais penais militares e as da Lei de Organização da Justiça Militar do Estado de São Paulo, Lei Estadual nº 5.048/58, existem dois tipos de Conselhos de Justiça, o Especial, que tem competência para processar e julgar Oficiais, e o Permanente, competente para o julgamento de Praças, sendo ambos compostos por quatro Oficiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo e um Juiz Auditor.

Como regra primordial para sua composição, especialmente no que se refere aos Conselhos Especiais, se faz presente a necessidade de serem respeitadas regras para que os seus membros sejam superiores hierárquicos dos réus, ou, na pior das hipóteses, que tenham o mesmo posto destes, devendo o Juiz Militar ser mais antigo.

Os Oficiais que compõe o Conselho Permanente permanecem à disposição da Justiça Militar durante um trimestre, sendo que ao final retornam para as suas unidades, sendo substituídos por outros que são também sorteados. No período em que exercem tal relevante função o Conselho irá participar de todas as audiências que ocorrem naquele juízo relativas a processos que envolvem praças, bem como de todos os julgamentos que venham a ocorrer.

A sistemática é diversa no que se refere aos Conselhos Especiais, pois nestes os Oficiais permanecem trabalhando normalmente em suas unidades, sendo somente convocados para as audiências daquele processo para o qual o Conselho foi formado. Assim, para cada processo que envolve um Oficial é formado um específico Conselho que irá participar de todas as audiências até o julgamento em primeira instância.

Finalizando deve ser acrescentado que a formação dos Conselhos de Justiça no âmbito da Justiça Militar Paulista está minudentemente descrito nos artigos 4º a 19 da Lei Estadual nº 5.048/58, sendo que a Portaria Nº 026/03-Pres/GP do Tribunal de Justiça Militar (publicada no DO Nº **210, de 6 de novembro de 2003**) e a Portaria do Comandante Geral Nº CorregPM-001/310/03 (publicada no Boletim Geral Nº 232/03) recentemente estabeleceram a criação de um novo sistema de sorteio por meio eletrônico que visa estabelecer um novo padrão de transparência e agilidade para a formação desse importante Órgão julgador da Justiça Castrense.

***Reinaldo Zynchan de Moraes,***  
***CAP PM***





**POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR E  
INQUÉRITO POLICIAL MILITAR**

***Gilberto Nonaka***



# POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR E INQUÉRITO POLICIAL MILITAR

Gilberto Nonaka

Analisando as questões que envolvem a polícia judiciária militar e o inquérito policial militar, isto no âmbito estadual, notamos, inicialmente, que a Constituição Federal, em seu art. 125, § 4º dispõe competir à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

E os denominados crimes militares são, basicamente, aqueles definidos no Código Penal Militar (art. 9º em tempo de paz e art. 10 em tempo de guerra).

Fala-se em *crime propriamente militar*, que seriam os tratados no Código Penal Militar, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial (CPM, art. 9º, inc. I); e *crime impropriamente militar*, que seriam os previstos no Código Penal Militar, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum (CPM, art. 9º, inc. II).

A título de exemplo, seria crime propriamente militar o de *recusa de obediência* (CPM, art. 163) e impropriamente militar o de *furto simples* (CPM, art. 240, *caput*).

De outro lado, o Código de Processo Penal Militar, em seu art. 6º, estabelece que “obedecerão às normas processuais previstas neste Código, no que forem aplicáveis, salvo quanto à organização de Justiça, aos recursos e à execução de sentença, os processos da Justiça Militar Estadual, nos crimes previstos na Lei Penal Militar a que responderem os oficiais e praças das Polícias e dos Corpos de Bombeiros, Militares”.

Logo, no âmbito estadual, as questões atinentes à polícia judiciária militar e ao inquérito policial militar deverão observar as disposições do Código de Processo Penal Militar, sendo que apenas nos casos omissos se poderá fazer uso da legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar; da jurisprudência; dos usos e costumes militares; dos princípios gerais de Direito; e da analogia (CPPM, art. 3º, letras “a” a “e”).

Ingressando no tema ora analisado, notamos que o termo “polícia judiciária” é um tanto equívoco.

Julio Fabbrini Mirabete<sup>1</sup> explica que as funções exercidas pela chamada “polícia judiciária” são sempre, em caráter estrito, administrativas, não jurisdicionais. É ela mero auxiliar da justiça, atuando na área de sua circunscrição.

<sup>1</sup> Processo Penal – Editora Atlas – 1991 – p. 73.

Também José Frederico Marques<sup>2</sup>, depois de afirmar que, apesar de seu nome, a “polícia judiciária” é atividade administrativa, esclarece que ela “não tem mais do que função investigatória. Ela impede que desapareçam as provas do crime e colhe os primeiros elementos informativos da persecução penal, com o objetivo de preparar a ação penal. Estamos, pois, em face de atividade puramente administrativa, que o Estado exerce no interesse da repressão ao crime, como preâmbulo da persecução penal. A autoridade policial não é juiz: ela não atua *inter partes*, e sim, como parte. Cabe-lhe a tarefa de coligir o que se fizer necessário para a restauração da ordem jurídica violada pelo crime, em função do interesse punitivo do Estado”.

Francesco Giordani afirma que a “polícia judiciária” é o órgão de preparação da ação penal<sup>3</sup>.

As atribuições da polícia judiciária militar estão disciplinadas no art. 8º do Código de Processo Penal Militar. E são elas:

- a) apurar os crimes militares, bem como os que, por lei especial, estão sujeitos à jurisdição militar, e sua autoria;
- b) prestar aos órgãos e juízes da Justiça Militar e aos membros do Ministério Público informações necessárias à instrução e julgamento dos processos, bem como realizar as diligências que por eles lhe forem requisitadas;
- c) cumprir os mandados de prisão expedidos pela Justiça Militar;
- d) representar a autoridades judiciárias militares acerca de prisão preventiva e da insanidade mental do indiciado;
- e) cumprir as determinações da Justiça Militar relativas aos presos sob sua guarda e responsabilidade, bem como as demais prescrições do Código de Processo Penal Militar, nesse sentido;
- f) solicitar das autoridades civis as informações e medidas que julgar úteis à elucidação das infrações penais, que esteja a seu cargo;
- g) requisitar da polícia civil e das repartições técnicas civis as pesquisas e exames necessários ao complemento e subsídio de inquérito policial militar;
- h) atender, com observância dos regulamentos militares, a pedido de apresentação de militar ou funcionário de repartição militar à autoridade civil competente, desde que legal e fundamentado o pedido.

*Mutatis mutandis*, tais disposições encontram similaridade com as previstas nos arts. 4º e 13 do Código de Processo Penal comum.

Ao contrário da legislação Processual Penal comum, o Código de Processo Penal Militar define, em seu art. 9º, *caput*, o inquérito policial militar como sendo “a apuração sumária de fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria. Tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal”. (o grifo é nosso)

<sup>2</sup> Elementos de direito processual penal – Editora Bookseller – 1997 - vol. I – obra atualizada por Victor Hugo Machado da Silveira – pp. 145/146.

<sup>3</sup> *Apud* José Frederico Marques – op. cit. – p. 146.

Mas ressalta que os exames, perícias e avaliações realizados regularmente no curso do inquérito, por peritos idôneos e com obediência às formalidades previstas no referido Códex são efetivamente instrutórios da ação penal (CPPM, art. 9º, p. único). (o grifo é nosso)

O dispositivo em análise apenas evidencia o fato de que, somente em casos excepcionais, com motivo justificável, é que os exames, perícias e avaliações serão refeitos na fase judicial.

Note-se que o inquérito policial sempre foi objeto de críticas, principalmente em razão de sua forma inquisitiva e também porque há duplicidade da formação da prova, com sua necessária demora na distribuição de Justiça.

Em 1936, Vicente Ráo, ocupando a pasta da Justiça, pôs em foco a instituição dos juizados de instrução, sistema pelo qual externou declarada preferência a Segunda seção do Congresso Nacional de Direito Judiciário, à qual se distribuíram os trabalhos relativos ao Código de Processo Penal comum, dando uma minuciosa atenção à inovação, que tivera acolhimento no anteprojeto organizado pela comissão composta dos ministros Bento de Faria e Plínio Casado e do professor paulista Gama Cerqueira.

No relatório apresentado à referida seção, o criminalista, Mário Bulhões Pedreira, explicava: O projeto suprime o inquérito policial e, em consequência, institui o juizado de instrução. É o eixo da reforma, em torno do qual gravitam as suas inovações principais. Base fundamental do sistema, imprime à arquitetura do novo estatuto processual o estilo, que o caracteriza. Nele integram, organicamente, - a produção da prova, em contraditório regular, perante o juiz processante - e - a simplificação da ação penal.

Explicava, ainda, que o juizado de instrução não era idéia nova entre nós. Representava, ao invés, antiga aspiração de quantos, sem opiniões preconcebidas, testemunharam a completa falência do sistema utilizado, que na duplicidade de formação da prova, investia a polícia, com o inquérito, da função apuradora da verdade, e ao juiz, no sumário, conferia o papel estático de assistente inerte da destruição dos elementos apurados; duplicidade de formação da prova, que desserve à economia processual, enfraquece a ação repressiva e não obedece a nenhum critério político - nem individual nem social: perde a defesa coletiva e não lucram as garantias individuais.

Afirmava, também, que em verdade, a nossa legislação, em matéria de processo penal, não se harmonizava com as idéias fundamentais já triunfantes nas últimas décadas, no pensamento jurídico e no direito positivo de muitas nações. Haveria um contraste do processo penal com o direito penal, pois neste, ao juiz, para conceituar a periculosidade, a tendência a delinquir do acusado, compelindo-o à necessidade de conhecer todo o conjunto de suas condições individuais, investe de funções de uma relevância e de uma dignidade não alcançada pelos métodos vigentes, que deles apenas exigem a técnica da aplicação dosimétrica da pena. Como realizar a ação pesquisadora da natureza do crime, da categoria do delinqüente, da motivação do ato que praticou, do seu comportamento antes, durante e depois do crime, senão pelo processo criminal, e, neste, a não ser no momento da instrução? Bem é de ver que não poderiam satisfazer a tais exigências a peça fria do inquérito policial, ou o formalismo estéril do atual sumário de culpa, que, integrando o processo criminal, na

parte informativa sobre o fato e o seu autor, quando não exprimem versões antagônicas, retratam aspectos deficientes ou deformados da realidade<sup>4</sup>.

Embora aprovado pela referida seção do Congresso Nacional de Direito Judiciário, o referido anteprojeto não se constituiu em lei e nem vingou a inovação do juizado de instrução criminal, mantendo-se, até hoje, o inquérito policial e o inquérito policial militar.

Na exposição de motivos do Código de Processo Penal comum (que entrou em vigor na data de 1º de janeiro de 1942), Francisco Campos observou que há em favor do inquérito policial, como *instrução provisória* antecedendo à propositura da ação penal, um argumento dificilmente contestável: é ele uma garantia contra apressados e errôneos juízos, formados quando ainda persiste a trepidação moral causada pelo crime ou antes que seja possível uma exata visão de conjunto dos fatos nas suas circunstâncias objetivas e subjetivas. Por mais perspicaz e circunspecta, a autoridade que dirige a investigação inicial, quando ainda perdura o alarma provocado pelo crime, está sujeita a equívocos ou falsos juízos *a priori*, ou a sugestões tendenciosas. Não raro, é preciso voltar atrás, refazer tudo, para que a investigação se oriente no rumo certo, até então despercebido. Porque, então, abolir-se o inquérito preliminar ou instrução provisória, expondo-se a justiça criminal aos azares do *detetivismo*, às marchas e contramarchas de uma instrução imediata e única? Pode ser mais expedito o sistema de unidade de instrução, mas o nosso sistema tradicional, com o inquérito preparatório, assegura uma justiça menos aleatória, mas prudente e serena.

O inquérito policial militar está para a ação penal militar, assim como o inquérito civil está para a ação civil pública (ou coletiva).

Destarte, assim como o inquérito civil é instaurado pelo Ministério Público (Lei nº 7.347/85, arts. 8º e 9º) para evitar o ajuizamento de ação civil pública precipitada, também o inquérito policial militar acaba evitando a propositura de ação penal temerária e precipitada.

E realmente é essa forma não tanto definida de se conduzir o inquérito policial que faz dele, até o momento, o melhor instrumento para se investigar a verdade real dos fatos que constituem ilícitos penais, subsidiando a ação penal, que será ajuizada.

Tem a polícia atribuições discricionárias, visto que sua ação, vária e multiforme, não pode ser prefixada em fórmulas rígidas e rigorosas.<sup>5</sup>

Mas adverte Mário Mazagão<sup>6</sup> que a ação da polícia não é arbitrária, é discricionária. O arbítrio é a faculdade de operar ou deixar de operar, de acordo com os impulsos individuais, sem quaisquer limites. A discricção é a faculdade de operar ou deixar de operar, dentro, porém, de um campo, cujos limites são fixados estritamente pelo direito.

Assim, no dizer de José Frederico Marques, a administração pública está subordinada à ordem jurídica e atua dentro da esfera da legalidade; e, na investigação policial, está ela sujeita, também, a essas limitações.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Arquivo Judiciário - vol. 39 - 1936 - pp. 43/44.

<sup>5</sup> José Frederico Marques - op. cit. - p. 149.

<sup>6</sup> *Apud* José Frederico Marques - op. cit. - p. 149.

<sup>7</sup> Op. cit. - p. 149.

Daí porque o Código de Processo Penal Militar estabelece, v.g., prazo para o encerramento do inquérito policial militar (art. 20), determinando sua remessa ao auditor da Circunscrição Judiciária Militar onde ocorreu a infração penal (art. 23) e proibindo seu arquivamento pela autoridade militar (art. 24).

Em virtude do caráter estritamente administrativo que o inquérito possui, não se poderá opor suspeição às autoridades policiais.<sup>8</sup>

Tratando do assunto, o Supremo Tribunal Federal já decidiu que “não se invalida inquérito policial presidido pelo pai da vítima” (RTJ 61/49); que “delegado de polícia irmão do ofendido, tendo presidido o inquérito policial, cuida-se de mera irregularidade, não anulando a ação penal” (RT 614/382); que “delegado vítima de crime pode presidir o inquérito policial instaurado para apurar o fato” (RT 512/406); e que “se é vítima de crime num inquérito, nada impede que presida outro contra o mesmo indiciado” (RT 421/51).

O Código de Processo Penal Militar, em seu art. 142, expressamente dispõe que não se poderá opor suspeição ao encarregado do inquérito, mas deverá este se declarar suspeito quando ocorrer motivo legal, que lhe seja aplicável.

Assim sendo, embora não se possa falar em nulidade do inquérito policial, que acabe contaminando a ação penal militar, o mais prudente é que o encarregado do inquérito, encontrando-se, v.g., em qualquer das situações previstas no art. 58 do Código de Processo Penal Militar, se declare suspeito, visando evitar que a investigação desenvolvida por ele seja taxada de tendenciosa e parcial.

O Código de Processo Penal Militar, em seu art. 10, dispõe os modos de se iniciar o inquérito policial militar, a saber:

- a) de ofício, pela autoridade militar em cujo âmbito de jurisdição ou comando haja ocorrido a infração penal, atendida a hierarquia do infrator;
- b) por determinação ou delegação da autoridade militar superior, que, em caso de urgência, poderá ser feita por via telegráfica ou radiotelefônica e confirmada, posteriormente, por ofício;
- c) em virtude de requisição do Ministério Público;
- d) por decisão do Superior Tribunal Militar, nos termos do art. 25 (ou do Tribunal de Justiça Militar, nos Estados que possuem);
- e) a requerimento da parte ofendida ou de quem legalmente a represente, ou em virtude de representação devidamente autorizada de quem tenha conhecimento de infração penal, cuja repressão caiba à Justiça Militar; e
- f) quando, de sindicância feita em âmbito de jurisdição militar, resulte indício da existência de infração penal militar.

O inquérito policial militar tem início, via de regra, com uma portaria que deve definir os ilícitos penais que serão objeto de investigação, pois, como é sabido, não existe investigação de fato atípico, de crime militar prescrito etc. Aliás, estas situações podem ensejar o trancamento do caderno investigatório.

<sup>8</sup> José Frederico Marques – op. cit. – p. 151.

Ao contrário da legislação processual penal comum, o Código de Processo Penal Militar estabelece, de forma clara, as diligências que deverão ser tomadas pelo encarregado antes e depois de instaurado o inquérito policial militar.

Dispõe que logo que tiver conhecimento da prática de infração penal militar (portanto, antes de instaurado o inquérito), a autoridade militar (oficial responsável por comando, direção ou chefia, ou aquele que o substitua ou esteja de dia, de serviço ou de quarto), deverá, se possível:

- a) dirigir-se ao local, providenciando para que se não alterem o estado e a situação das coisas, enquanto necessário;
- b) apreender os instrumentos e todos os objetos que tenham relação com o fato;
- c) efetuar a prisão do infrator, observado o disposto no art. 244 do Código de Processo Penal Militar; e
- d) colher todas as provas que sirvam para o esclarecimento do fato e suas circunstâncias (CPPM, art. 12).

Evidente que este dispositivo deve ser analisado em harmonia com o estabelecido no art. 319 do Código Penal Militar<sup>9</sup>.

Depois de instaurado o inquérito policial militar, o encarregado deverá efetivar as seguintes providências:

- a) tomar as medidas previstas no art. 12 do CPPM, se ainda não o tiverem sido;
- b) ouvir o ofendido;
- c) ouvir o indiciado;
- d) ouvir testemunhas;
- e) proceder a reconhecimento de pessoas e coisas, e fazer acareações;
- f) determinar, se for o caso, que se proceda a exame de corpo de delito e a quaisquer outros exames e perícias;
- g) determinar a avaliação e identificação da coisa subtraída, desviada, destruída ou danificada, ou da qual houve indébita apropriação;
- h) proceder a buscas e apreensões, nos termos dos arts. 172 a 184 e 185 a 189 do CPPM; e
- i) tomar as medidas necessárias destinadas à proteção de testemunhas, peritos ou do ofendido, quando coactos ou ameaçados de coação que lhes tolha a liberdade de depor, ou a independência para a realização de perícias ou exames (CPPM, art. 13).

<sup>9</sup> O art. 319 do Código Penal Militar prevê o crime de prevaricação com a seguinte redação: "Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra expressa disposição de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal" – "Pena – detenção, de 6 (seis) meses a (dois) anos". Assim, as diligências determinadas pelo art. 12 do CPPM só deixam de ser obrigatórias se completamente impossível a sua execução.



A ordem imposta pelo Legislador no dispositivo mencionado não terá, necessariamente, que ser seguida pelo encarregado do inquérito, mas este deverá evitar o indiciamento do suspeito, se ainda não possuir prova da materialidade delitiva e indícios de autoria.

Também poderá, o encarregado, proceder à reprodução simulada dos fatos, desde que esta não contrarie a moralidade ou a ordem pública, nem atente contra a hierarquia ou a disciplina militar (CPPM, art. 13, p. único).

É válido observar que a versão de inúmeros ilícitos penais, normalmente aqueles perpetrados longe dos olhares de testemunhas, podem ser elucidados por meio da reprodução simulada dos fatos.

Há disposição semelhante no Código de Processo Penal comum sobre as atribuições da autoridade policial ao tomar conhecimento do ilícito penal (arts. 6º e 7º). Mas este não é explícito sobre o que deve ser feito antes e depois da instauração do caderno investigatório, tanto que o Superior Tribunal de Justiça decidiu que “a busca e apreensão de instrumentos do crime pode ser feita antes da instauração do inquérito policial” (RMS 529 - 6ª Turma – RT 665/333).

O Código de Processo Penal Militar, em seu art. 14, permite que o Procurador Geral de Justiça venha a designar Promotor de Justiça para assistir o encarregado na presidência do inquérito policial militar, mediante simples solicitação deste. E para que isso ocorra, é preciso que seja a apuração de fato delituoso de excepcional importância ou de difícil elucidação.

Mesmo que não ocorra a solicitação, mas o fato delituoso é de excepcional importância ou de difícil elucidação, o Procurador Geral de Justiça poderá nomear Promotor de Justiça para participar da investigação policial.

No tocante ao sigilo do inquérito policial militar, hoje o art. 16 do Código de Processo Penal Militar deve ser interpretado no sentido de que tal sigilo existe, mas não se aplica ao advogado, pois a consulta dos autos do inquérito por ele, ainda que sem procuração, é direito assegurado pela Lei 8.906/94, art. 7º, inc. XIV (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil).

Importante observar que a publicidade desmedida acaba prejudicando a apuração dos fatos delituosos e a busca da verdade real.

Já no que se refere à incomunicabilidade do indiciado legalmente preso, prevista no art. 17 do Código de Processo Penal Militar, esta hoje só poderia ser decretada por ordem judicial devidamente fundamentada. Aliás, o Código de Processo Penal comum, em seu art. 21, p. único, estabelece que a incomunicabilidade será decretada por despacho fundamentado do Juiz, a requerimento da autoridade policial, ou do órgão do Ministério Público.

Mas tal incomunicabilidade não impede o Ministério Público de ter acesso ao indiciado preso (LONMP – Lei 8.625/93, art. 41, inc. IX) e nem ao advogado (EAOAB, art. 7º, inc. III – RT 531/367 e 378).

A inquirição do indiciado e das testemunhas, salvo caso de urgência inadiável, que deverá constar da assentada, deverá ser dar entre 07 e 18 horas (CPPM, art. 19).

O prazo para a conclusão do inquérito policial militar (CPPM, art. 20, *caput*) será de 20 dias se o indiciado estiver preso (contados da prisão) e de 40 dias em se achando solto (contados da instauração do referido inquérito)<sup>10</sup>.

Ao finalizar o inquérito policial militar, o relatório, elaborado pelo encarregado, deverá ser minucioso, mencionando as diligências feitas, as pessoas ouvidas e os resultados obtidos, com indicação do dia, hora e lugar onde ocorreu o fato delituoso. Na conclusão, afirmará se há infração disciplinar a punir ou indício de crime, pronunciando-se, justificadamente, sobre a conveniência da prisão preventiva do indiciado, nos termos legais (CPPM, art. 22, *caput*).

Importante observar que, apesar de minucioso, o relatório não vincula a autoridade delegante e, muito menos, o Órgão do Ministério Público ou o Poder Judiciário.

Aliás, o § 1º, do art. 22, do Código de Processo Penal Militar expressamente dispõe que a autoridade que delegou a atribuição poderá:

- a) homologar a solução apresentada pelo encarregado;
- b) aplicar a penalidade, no caso de ter sido apurada infração disciplinar;
- c) determinar novas diligências que julgar necessárias; ou
- d) não homologar a solução apresentada pelo encarregado, avocar o inquérito policial militar e dar solução diferente.

Ainda que conclua pela inexistência de crime ou de inimizabilidade do indiciado, a autoridade militar não poderá arquivar o inquérito policial militar (CPPM, art. 24).

Com exceção do caso julgado e dos casos de extinção da punibilidade, o arquivamento do inquérito policial militar na Justiça Militar não obsta a instauração de outro, se novas provas aparecerem em relação ao fato, ao indiciado ou a terceira pessoa (CPPM, art. 25).

Depois de concluído o inquérito policial militar, ele não poderá ser devolvido à autoridade militar, exceto:

- I – mediante requisição do Ministério Público, para diligências por ele consideradas imprescindíveis ao oferecimento da denúncia;
- II – por determinação do juiz, antes da denúncia, para o preenchimento de formalidades previstas no Código, ou para complemento de prova que julgue necessária (CPPM, art. 26, inc. I e II).

O prazo para o cumprimento de qualquer das diligências será de no máximo 20 dias (CPPM, art. 26, p. único).

---

<sup>10</sup> Este último prazo pode ser prorrogado pela autoridade militar superior uma única vez e por mais 20 dias, desde que não estejam concluídos exames ou perícias já iniciados, ou haja necessidade de diligência, indispensável à elucidação do fato (CPPM, art. 20, § 1º). Os laudos periciais, exames não concluídos e documentos colhidos, depois de ultrapassado tais prazos, serão remetidos ao juiz auditor, para juntada ao processo. E no relatório do IPM, o encarregado, se possível, mencionará o lugar onde se encontram as testemunhas que deixaram de ser ouvidas por qualquer impedimento (CPPM, art. 20, § 2º).

Já os arts. 27 e 28 do Código de Processo Penal Militar estabelecem os casos em que não será necessária a instauração do inquérito policial militar, a saber:

- a) quando o auto de flagrante delito for suficiente para a elucidação do fato e sua autoria, passando ele a constituir o inquérito, dispensando outras diligências, exceto o exame de corpo de delito no crime que deixe vestígios, a identificação da coisa e a sua avaliação, quando o seu valor influir na aplicação da pena.
- b) quando o fato e sua autoria já estiverem esclarecidos por documentos ou outras provas materiais;
- c) nos crimes contra a honra, quando decorrerem de escrito ou publicação, cujo autor esteja identificado;
- d) nos crimes previstos nos arts. 341 (desacato contra autoridade judiciária militar) e 349 (desobediência à decisão judicial), ambos do Código Penal Militar.

Tratando do assunto, Eduardo Espínola Filho observa que é preciso tenhamos presente a justa ponderação feita por Galdino Siqueira, de que o inquérito policial “não é um ato judicial, um processo regular, pelo qual possa haver condenação ou absolvição, mas é um ato extrajudicial, da polícia judiciária, uma informação preparatória e preventiva, feita enquanto não intervém a autoridade judiciária competente, ou, em síntese, uma peça de instrução ou instrumento”, do que resulta a certeza da desnecessidade do inquérito se, sem ele, se obteve já o fim a que se destina – apurar a existência de uma infração penal, apontar os que participaram da sua execução<sup>11</sup>.

Também o Supremo Tribunal Federal já decidiu que o inquérito policial não é imprescindível ao oferecimento de denúncia ou queixa, desde que a peça acusatória tenha fundamento em dados de informação suficientes à caracterização da materialidade e autoria da infração penal (RTJ 76/741).

Importante notar que a denúncia, a ser ofertada na Justiça Militar, pode ter por base um inquérito policial civil ou mesmo uma sindicância administrativa. Também na Justiça comum estadual a denúncia ofertada pode ter por base um inquérito policial militar. Aliás, decidiu a 1ª Câmara do Tribunal de Justiça de São Paulo, em 14 de agosto de 1951 (AC 34.070, relator o desembargador L. Minhoto), que “inquéritos militares, como sindicâncias administrativas, são hábeis para instruírem a denúncia, como decorre do p. único do art. 4º do CPP”.

Por fim, voltamos a ressaltar que há determinadas provas que, normalmente, não serão refeitas na fase judicial, como os exames periciais, as avaliações, as buscas e apreensões etc. Daí o inquérito policial militar possuir um valor probatório, que se deixa para ser apreciado pelo “livre convencimento do juízo”.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Código de processo penal brasileiro anotado - 6ª edição - Editora Rio - vol. I - p. 247.

<sup>12</sup> O art. 297 do CPPM dispõe: O juiz formará convicção pela livre apreciação do conjunto das provas colhidas em juízo. Na consideração de cada prova, o juiz deverá confrontá-la com as demais, verificando se entre elas há compatibilidade e concordância.

Na exposição de motivos do Código de Processo Penal comum, o Ministro Francisco Campos observava que fora abandonado o sistema chamado de *certeza legal*, atribuindo-se ao juiz a faculdade de iniciativa de provas complementares ou supletivas, quer no curso da instrução criminal, quer afinal, antes de proferir a sentença. Não é prefixada uma hierarquia de provas: na livre apreciação destas, o juiz formará, honesta e lealmente, a sua convicção. A própria confissão do acusado não constitui, fatalmente, prova plena de sua culpabilidade.

E como já observado, o p. único, do art. 9º, do Código de Processo Penal Militar ressalta que os exames, perícias e avaliações realizados regularmente no curso do inquérito, por peritos idôneos e com obediência às formalidades previstas no referido *Códex* são efetivamente instrutórios da ação penal, a demonstrar a importância do referido caderno investigatório no conjunto probatório.

***Gilberto Nonaka,***  
***promotor de Justiça Militar,***  
***em exercício na Promotoria de Justiça do Consumidor de São Paulo***

**DESERÇÃO: ASPECTOS  
PENAIIS, PROCESSUAIS  
E ADMINISTRATIVOS**

*Ronaldo João Roth*



# DESERÇÃO: ASPECTOS PENAIS, PROCESSUAIS E ADMINISTRATIVOS

Ronaldo João Roth

**SUMÁRIO.** 1. Introdução. 2. Aspectos penais da deserção. 3. Aspectos processuais da deserção. 4. Aspectos administrativos da deserção e 5. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

*Noção histórica e o tratamento penal.* O delito de deserção é um dos mais tradicionais e importantes da legislação militar. Nas palavras de **Crysólito de Gusmão** a deserção é “o acto do militar que rompe o laço que o liga á milícia, afastando-se, dentro de certas circunstancias de tempo, da bandeira”.<sup>1</sup>

É um delito que abala as Instituições Militares, pois diminui a eficiência do efetivo militar com a ausência indeterminada do militar que abandonou a milícia. É tão *essencial* esse delito que o seu tratamento penal é diferenciado, contando com uma prescrição especial das mais longas na legislação militar, tornando, por conseguinte, a sua persecução penal mais rigorosa.

O delito de deserção é um crime *propriamente* militar de mera conduta e permanente que ofende o serviço e o dever militar. É crime *militar próprio* porquanto previsto exclusivamente no Código Penal Militar (CPM), amoldando-se, assim, ao enunciado da norma do artigo 9º, inciso I, 2ª parte, do referido *Codex* (crime não previsto na lei penal comum). Somente pode ser praticado pelo agente militar, ou seja, aquele que ocupa um cargo militar. É crime de *mera conduta* tendo em vista que o legislador se limitou a descrever a conduta omissiva do militar (ausentar-se de maneira ilegal de sua Unidade), não exigindo um resultado naturalístico. É *crime permanente* porque a consumação do crime se prolonga no tempo e somente cessa quando o militar se apresenta ou é capturado.

O CPM contempla várias formas de deserção: o *tipo básico* que é a ausência ilegal do militar de sua Unidade por mais de oito dias (artigo 187); *as formas assemelhadas* que se caracterizam quando: o militar deixa de se apresentar a sua Unidade depois de um afastamento legal como férias, licença, cumprimento de pena, etc (artigo 188); *a forma imediata ou especial* que ocorre quando o militar deixa de comparecer no momento de partida do navio ou da aeronave, de que é tripulante, ou quando do deslocamento da Unidade ou da Força a que pertence (artigo 190); *o concerto da deserção* que se caracteriza quando dois ou mais militares resolvem desertar de sua Unidade (artigo 191); *a deserção por evasão ou fuga* que ocorre quando o militar foge de escolta, da Unidade onde cumpre pena disciplinar ou de estabelecimento penal onde cumpre pena (artigo 192); e as formas derivadas como: *o favorecimento a desertor*

<sup>1</sup> Direito Penal Militar, RJ, 1915, Editor Jacintho Ribeiro dos Santos, pág. 97.

(artigo 193) e a *omissão de oficial*, que se caracteriza quando o oficial deixa de responsabilizar o desertor (artigo 194).

O tratamento rigoroso para responsabilização do desertor sempre ocorreu desde os tempos da antiguidade pelos gregos, romanos e “bárbaros”, como afirma Alexandre Henriques da Costa<sup>2</sup>, sendo digno de nota que em Roma havia a distinção entre o desertor e o emansor: o primeiro abandona a sua Unidade militar que pertencia com ânimo definitivo, enquanto o segundo desejava retornar a sua Unidade. Nesse sentido, o que retornava a Unidade militar era considerado o *emansor* e o desertor era aquele reconduzido ao serviço militar depois de recapturado.

Os romanos comparavam o *emansor* ao escravo vagabundo, e o desertor ao escravo fugitivo, daí ser considerado mais grave o delito praticado pelo desertor.

Dentre as várias formas de deserção previstas na lei, os romanos puniam severamente esse delito como no caso da *deserção para o inimigo*, o qual levava “o delinqüente a ser queimado vivo, lançado da rocha Tarpeia, cortados os pés e as mãos, ou enforcado, jogado às feras, etc.”, ou no caso da deserção diante do inimigo, que levava o criminoso à morte. Se o delito de deserção era cometido em Roma levava o delinqüente à morte, se cometido fora da cidade, podia o delinqüente ser reabilitado, se primário.<sup>3</sup>

O nosso CPM mantém o mesmo rigor da antiguidade ao prever para a deserção cometida em tempo de guerra e quando a deserção ocorre em presença do inimigo a *pena de morte* em grau máximo e a de reclusão de 20 (vinte) anos no grau mínimo (artigo 392).

Assim, serão examinados aspectos da deserção tendo como referência o tipo básico da deserção que é o do artigo 187 do CPM, cuja dicção é a seguinte: “*Ausentar-se o militar, sem licença, da unidade em que serve, ou do lugar em que deve permanecer, por mais de 8 (oito) dias: Pena – detenção, de 6 (seis) meses a dois anos; se oficial, a pena é agravada.*”

## 2. ASPECTOS PENAIIS DA DESERÇÃO

Neste ponto *dois institutos diferenciam a deserção* dos outros delitos: um, é a proibição da suspensão condicional da pena (*sursis*) que é vedada pelo CPM (artigo 88, inciso II); e o outro, é a prescrição do delito que é uma prescrição especial estabelecida pelo mesmo *Codex*.

O *sursis* constitui-se num “incidente da execução e pressupõe um juízo de culpabilidade do agente e aplicação da pena”<sup>4</sup>, permitindo, dessa forma, que ocorra o cumprimento da pena, sob certas condições e sem o recolhimento prisional.

A despeito da deserção, em tempo de paz, ser apenada, em todas as suas modalidades, com *pena máxima igual ou inferior a dois anos de detenção*, o legislador

<sup>2</sup> Manual Prático dos Atos de Polícia Judiciária Militar, Suprema Cultura, 2004, pág. 117.

<sup>3</sup> Crysólito de Gusmão, Op. cit. pág. 104.

<sup>4</sup> Ronaldo João Roth, in “Temas de Direito Militar”, Suprema Cultura, 2004, pág. 121.



houve por bem proibir expressamente a concessão do benefício do *sursis* para esse crime, evidenciando a sua reprovação mais severa a esse tipo de crime e impondo ao condenado a *obrigação do cumprimento da pena*.

Ademais, este tipo de preocupação também ocorre também, no Estado de São Paulo, no Regulamento Disciplinar da Polícia Militar - RDPM (Lei Complementar nº 893/01) - que, como caso de demissão (artigo 23, II, “e”) do desertor, impõe a obrigatoriedade desta medida somente depois do cumprimento da pena.

Desse modo, o legislador estabeleceu uma gradação de tratamento de pena para esse tipo de delito, vinculando o ato demissório da Administração Militar não somente à decisão judicial condenatória transitada em julgado, mas também quando houver o cumprimento da pena do delito de deserção. Somente com a certidão do cumprimento da pena do referido crime é que é possível a instauração de processo demissório do militar, como bem afirma Marcos José da Costa.<sup>5</sup>

Outro também não é o tratamento dispensado pelo legislador para o crime de deserção ao estabelecer na Lei de Inatividade da Polícia Militar do Estado de São Paulo (Decreto-lei nº 260/70) que a deserção é causa de agregação (artigo 5º, inciso X), devendo o desertor ficar naquela condição até que cesse o motivo que a ensejou (artigo 6º, inciso III), ou seja, cesse o crime com a prisão do militar (seja pela apresentação espontânea, seja pela sua captura), sendo digno de registro que agregação, segundo a lei, significa inatividade temporária do militar (artigo 4º), a qual cessa quando ocorre a reversão ao serviço ativo ou a inatividade definitiva.

Paralelamente, o legislador estatuiu também esse rigor no tratamento da deserção no Código de Processo Penal Militar (CPPM), determinando que o desertor seja *revertido* ao serviço ativo ou *reincluído* quando capturado ou se apresente ao Quartel (parágrafo 3º do artigo 457), *o que revela que o delito de deserção é um crime grave, porque abala a Instituição Militar, e por isso a sua persecução penal e a sua pena devem ser peremptórias*.

**Cabe aqui registrar que, com base nos procedimentos legais previstos para o desertor – no CPM, no CPPM, na Lei de Inatividade da Polícia Militar e no próprio RDPM – a conclusão que se extrai é de que primeiro deve ocorrer a persecução penal do desertor e depois dela ocorrer a demissão do militar.**

Outro instituto que merece aqui ser comentado é a *prescrição* do crime de deserção, que como se falou é diferenciada em relação aos outros delitos militares.

**Constituiu-se a prescrição “em uma das causas de extinção de punibilidade que se marca pelo *decurso de tempo*, impondo um *limite legal ao direito de punir* do Estado, que nasce quando o agente pratica um crime, ensejando a *relação jurídico-punitiva*, tendo num pólo o Estado, com o *jus puniendi* e, noutra pólo, o réu, com o direito de resistir àquele para preservar o seu *status libertatis*.”**<sup>6</sup>

<sup>5</sup> In “Direito Administrativo Disciplinar Militar”, Alexandre Henriques da Costa, Suprema Cultura, 2004, pág. 161.

<sup>6</sup> Ronaldo João Roth, Op. cit., 2004, pág. 87.

De uma maneira *sui generis*, o legislador condicionou a extinção da punibilidade, pela prescrição, quando o desertor complete certa idade, marcando maior rigor quando o delito seja praticado pelo Oficial.

Pois bem, o CPM dispõe sobre a prescrição da deserção que: “*No crime de deserção, embora decorrido o prazo da prescrição, esta só extingue a punibilidade quando o desertor atinge a idade de 45 (quarenta e cinco) anos, e, se oficial, a de 60 (sessenta).*”

A interpretação do referido dispositivo, a meu ver, vincula a idade do desertor como o termo final da prescrição, uma vez que, sendo *delito permanente* a prescrição geral, calcada no critério temporal (quatro anos, nos termos do artigo 125, VI, do CPM), esta incide, todavia, ficando condicionada ao implemento da idade fixada pelo legislador, isso quando o desertor é *capturado* ou *se apresenta* ao Quartel.

Desse modo, a regra do artigo 132 do CPM não deixa o delito de deserção ficar imprescritível, pondo como termo final a idade nele fixada. O cálculo da prescrição da deserção passa a ter a *incidência dos dois critérios prescricionais* da deserção: o *temporal* (critério geral) e o *etário* (critério especial), isso após a sua captura ou a sua apresentação ao Quartel, *um excluindo o outro*, ou seja, caracteriza a prescrição nesse sentido o critério que ocorrer primeiro.

Essa interpretação aqui esposada<sup>7</sup> destoa da doutrina apoiada do direito penal italiano, adotada pelo saudoso doutrinador **Jorge Alberto Romeiro**<sup>8</sup>, a qual, leva a concluir que a regra do artigo 132 do CPM “somente tem aplicação ao desertor que, sem se ter apresentado ou haver sido capturado, atinge a idade de 45 anos e, se oficial, a de 60.”

A prescrição do delito na deserção *não permite assim que, além da idade fixada pelo legislador ao militar, possa incidir o critério geral de quatro anos* (artigo 125, VI, do CPM), interpretação essa que *milita em favor da defesa* do acusado, caso contrário teria o CPM adotado redação diferente como fez com o delito de insubmissão (artigo 183), condicionando a incidência do critério temporal da prescrição a partir da idade fixada pelo legislador (30 anos).

Note-se que a redação do artigo 132 do atual CPM (1969) constitui a mesma redação do artigo 113 do CPM de 1944, as quais são distintas do artigo 70 do CPM de 1891, que assim dispunha: “*Não prescrevem a ação penal criminal nem a condenação no crime de deserção, salvo se o criminoso tiver já completado a idade de cinquenta anos.*”

Logo, a idade tão somente foi instituída no delito de deserção *como termo final da prescrição*, como pode se depreender das palavras de **Oscar de Macedo Soares**, sobre o referido dispositivo do CPM de 1981, “*A exceção da idade de 50 anos é inovação introduzida pelo Cód. O seu fundamento é também uma razão de ordem pública, porque, sendo a idade uma das condições essenciais para o serviço militar, a Nação, o Estado, não têm interesse de estender o rigor da execução ao desertor que, completando 50 anos, já se pode considerar como tendo ultrapassado o limite da idade própria da validade exigida para o mesmo serviço.*”<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Ronaldo João Roth, in “Temas de Direito Militar”, Suprema Cultura, 2004, pág. 87/93.

<sup>8</sup> Curso de Direito Penal Militar, Saraiva, 1994, pág. 312/313.

<sup>9</sup> Apud Silvio Martins Teixeira, in “Novo Código Penal Militar, Freitas Bastos, SP, 1946, pág. 228.

A mudança legislativa do CPM de 1891 para o CPM de 1944, que se repetiu no atual CPM, quanto à prescrição na deserção, *não autoriza a conclusão segura de que, além da idade fixada para o militar (45, se praça, ou 60, se oficial), possa se acrescer o critério temporal de 04 (quatro) anos*, como respeitosamente interpreta a doutrina tradicional.

De se registrar, todavia, a severa crítica de **Esmeraldino O.T. Bandeira** à interpretação realizada por Oscar de Macedo Soares, afirmando que: *“O próprio Macedo Soares errou no respectivo comentário [já transcrito]. Si bem compreendemos e bem interpretamos o comentario de Macedo Soares, que elle dizer que, pelo simples facto do implemento da idade de 50 annos, se verifica – a prescrição do crime de deserção, seja qual fôr a data em que tenha sido elle cometido, - nas vésperas, no dia anterior ao implemento d’aquella idade. E’ um absurdo. Mas absurdo maior é o que decorre da applicação da doutrina ao caso de ter sido praticado o dito crime depois de haver o criminoso completado 50 annos.”*<sup>10</sup>

Para **Esmeraldino Bandeira** mesmo que o desertor tenha alcançado a idade fixada pelo legislador o crime não estará prescrito se não escoado os quatro anos previstos tendo em conta a pena máxima cominada ao delicto de deserção (dois anos).

E é o próprio **Esmeraldino Bandeira** que fundamenta aquela interpretação – não se atendo somente à idade do desertor (50 anos prevista no art. 70 do CPM de 1891) – calcado no direito comparado, dizendo que: *“As leis estrangeiras subordinam a prescrição da deserção a um concurso de condições particulares, deduzidas todas da obrigação do serviço militar.”*<sup>11</sup>

O notável jurista evocou o tratamento dado à prescrição da deserção citando os dispositivos do Código Penal Militar italiano, o Código Penal Militar alemão e o Código Penal Militar português, concluindo que: *“De resto, segundo o testemunho das legislações apontadas e de outras que ainda podíamos apontar, a prescrição da deserção só começa a correr depois de finda a obrigação de servir.”*<sup>12</sup>

Essa digressão de nossa legislação militar sobre a prescrição da deserção evidencia que a regra do artigo 132 do CPM deve obedecer à técnica do referido *Codex*, não se podendo aproveitar a doutrina comparada, uma vez que o legislador estabeleceu a idade como a causa que extingue a punibilidade na deserção e não o tempo com calculado com base na pena (critério geral do artigo 125), pois, se assim quisesse, teria manifestado expressamente isso como fez para a norma da prescrição do crime de insubmissão (artigo 131).

Essa interpretação que leva *um critério excluir o outro* também é aplicável diante do fato de que a regra do artigo 132 do CPM, *pelo critério de idade*, tem como destinatário o trãnsfuga - aquele que está praticando o delicto -, logo, *uma vez preso e cessado o crime*, a incidência da prescrição passa a ser o *critério temporal*, mas tendo limite fixado nas idades fixadas pelo legislador. Em outras palavras, até pelo princípio do *in dubio pro reo*, o critério que primeiro ocorrer neste último caso é o que deve beneficiar o réu.

<sup>10</sup> Direito, Justiça e Processo Militar, Francisco Alves, 1919, pág. 225/226.

<sup>11</sup> Esmeraldino O .T. Bandeira, Op. cit. pág. 228.

<sup>12</sup> Esmeraldino O. T. Bandeira, ib idem., pág. 228

Não é demais se dizer que muitas vezes à vontade do legislador, ainda que tenha determinada intenção ao elaborar o texto de lei, este, *após a sua promulgação, se desprende daquele original propósito, adquirindo vida própria* e assumindo, às vezes, sentido contrário ao originariamente previsto, como nos ensina o magistério de Carlos Maximiliano.<sup>13</sup>

De toda forma, *é de se concluir que o tratamento penal dispensado pelo legislador à deserção é muito rigoroso*, tendo em vista o abalo que esse crime representa às Instituições Militares, de tal sorte que se o militar cometer o mesmo logo no início de seu ingresso à caserna, se, por exemplo, for praça e contar com 18 (dezoito) anos de idade, ficará com o ônus de ser preso e responder pelo delito até os 45 (quarenta e cinco) anos, totalizando 27 (*vinte e sete*) anos de para ocorrer à prescrição daquele delito, e, se Oficial, e vier a cometer o delito com 22 (vinte e dois) anos de idade ficará com aquele ônus até os 60 (sessenta) anos, totalizando, assim, a prescrição do delito, 38 (*trinta e oito*) anos, o que é bem superior à maior das penas previstas no CPM, que é a de morte, cuja prescrição ocorre aos 30 (*trinta*) anos.

### 3. ASPECTOS PROCESSUAIS DA DESERÇÃO

O marco do crime de deserção ocorre quando o militar incorre no *nono dia de ausência ilegal* de sua Unidade Militar, determinando-se ao Comandante do desertor a lavratura do *Termo de Deserção*, que tem o efeito de instrução provisória, autorizando para tanto a prisão do desertor (artigos 451 e 452 do CPPM).

Note-se que o rigor no tratamento da deserção encontra até previsão na própria Constituição Federal, a qual, no capítulo dos direitos e garantias individuais, ao prever as hipóteses de prisão, autoriza que *a prisão do desertor ocorra sem ordem judicial*, isto porque esse tipo de prisão pertine a um crime propriamente militar (art. 5º, inciso LXI, 2ª parte).

Uma vez preso o desertor, seja por meio de sua captura ou de sua apresentação espontânea, considerando-se o longo período prescricional mencionado, o criminoso, se preenchidas as condições legais, irá responder pelo delito, estabelecendo o CPPM o prazo de 60 (sessenta) dias para a conclusão do processo (julgamento).

Essa prisão, que é *provisória*, a meu ver, não determina a manutenção de sua prisão durante todo aquele período, mas se assim estiver e não for julgado será posto em liberdade (artigo 453 do CPPM).

Ocorre que toda *prisão provisória* (temporária, flagrante delito e a prisão do desertor, etc) para sua manutenção exige que estejam presentes as circunstâncias da prisão cautelar (preventiva), para justificar aquela medida. Nesse sentido, a dicção do parágrafo único do artigo 310 do Código de Processo Penal Comum, que tem aplicação subsidiária no CPPM, autorizando a concessão da liberdade provisória.

De se registrar que o CPPM *não autoriza a liberdade provisória* para a deserção (artigo 270, parágrafo único, "b"), todavia, *não veda* a aplicação da *menagem* (artigo

<sup>13</sup> "A Hernenêutica e a Aplicação do Direito", Forense, 2000, pág. 30/31.

263 e seguintes), o que é *uma medida recomendável* até no sentido do desertor ser empregado no serviço militar, muito mais útil à sociedade, à Instituição Militar e a ele próprio do que ficar recolhido ao Presídio Militar. Nenhuma preocupação existe quanto à sua permanência na Unidade Militar, porquanto se afastar ilegalmente poderá incorrer em nova deserção, o que torna razoável a aplicação da *menagem*.

Nesse sentido, no tocante à aplicação da menagem na deserção vários arestos existem na Primeira Auditoria Militar do Estado de São Paulo<sup>14</sup>, devendo-se registrar que esse instituto é *prisão sob palavra*, logo, não deve se confundir com a pena com *rigor carcerário* e, muito menos, ter como local de cumprimento o *Presídio Militar* “Romão Gomes”, dado o seu caráter de *benefício*.<sup>15</sup> É por isso que é de se esperar que a Administração Militar disponha regionalmente de Unidades estruturadas para o cumprimento da menagem-prisão<sup>16</sup>, caso contrário esse benefício poderá ensejar pelo Juiz Auditor a designação do seu cumprimento em residência<sup>17</sup>, ou a aplicação da menagem-liberdade<sup>18</sup>.

O processo de deserção está contido dentre outros que constituem o processo especial, logo, nesse sentido estabelece o CPPM um *rito sumário e concentrado* para o processamento do mesmo em que numa mesma audiência deve ser o acusado interrogado e ouvida as testemunhas de acusação, em outra audiência as testemunhas de defesa e cumprida as diligências determinadas, se houver, deve ocorrer o julgamento (artigos 455, parágrafos 1º e 2º e 456, parágrafos 4º e 5º). Distingue-se este *rito processual* do rito do *processo ordinário*, porquanto no processo especial não há a incidência das fases dos artigos 427 (diligências), 428 (alegações escritas), 429 (exclusão de expressões inadequadas nas alegações) e 230 (saneamento dos autos) do CPPM. É, em síntese, o processo de deserção mais breve do que o processo ordinário.

Outra questão que gera interesse é a existência da *condição de procedibilidade* para o oferecimento da denúncia por parte do Ministério Público.

O CPPM determina que cometida à deserção por parte de um Oficial ou de uma Praça com estabilidade, ambos deverão permanecer *~agregados* e quando da captura ou da apresentação espontânea do mesmo, o *Oficial continuará agregado*, enquanto a Praça estável será submetida à *inspeção de saúde* e, se considerada *apta*, deverá ser *revertida* ao serviço ativo e assim denunciada pelo crime. Já para a Praça sem estabilidade que cometer o crime, ela será excluída do serviço ativo e quando presa será submetida à inspeção de saúde e, se *apta*, deverá ser reincluída ao serviço ativo e, assim, ser denunciada.

Conclui-se, portanto, que a deserção *exige a condição de procedibilidade* de maneira diferenciada se o criminoso é Oficial ou Praça, determinando procedimentos

<sup>14</sup> Ronaldo João Roth, “Direito Militar – História e Doutrina – Artigos inéditos”, AMAJME, 2002, pág. 161.

<sup>15</sup> Ronaldo João Roth, Op. cit. pág. 150.

<sup>16</sup> Ronaldo João Roth, Op. cit. pág. 169.

<sup>17</sup> Como foi o caso de uma guarnição policial, composta de quatro policiais militares, que se envolveu num homicídio culposo, fato este apurado no IPM n. 38.747/04 da 1ª Auditoria Militar do Estado de São Paulo.

<sup>18</sup> Ronaldo João Roth, Op. cit. pág. 152.

distintos para autorizar a denúncia. Assim, se Oficial, *basta ser preso*. Se Praça deve submeter-se à inspeção de saúde e, se apta, *revertida* ou *reincluída*, dependendo ter estabilidade ou não, respectivamente, deverá ser então denunciada. Se considerada inapta na inspeção de saúde os autos da deserção serão *arquivados*.

Em síntese, condição de procedibilidade para o Oficial é *ser preso* e para a Praça é *ser considerada apta na inspeção de saúde*. De toda forma, *não há processo de deserção para o revel*.

**Demissão do desertor.** Dentre as questões que trazem controvérsia sobre a deserção, pode-se citar o procedimento da Administração Militar, em especial aqui no Estado de São Paulo a Polícia Militar demitir o desertor. Bem tal medida, decorrente sempre de um devido processo legal, se ocorrido depois de ser denunciado o desertor não traz maiores problemas, todavia, *se demitido antes da denúncia*, tal fato criará obstáculos ao trabalho do Ministério Público. Se não, vejamos.

Primeiramente é dizer que a *demissão* e a *expulsão* são as duas formas de *exclusão do serviço ativo* da Polícia Militar do Estado de São Paulo a *título punitivo* consoante dispõe o RDPM, em seu artigo 14 e este artigo, a propósito, cuida de *duas hipóteses* de demissão decorrentes da deserção para as Praças: a primeira diz respeito à deserção que é processada e julgada na Justiça Militar, originando uma sentença penal condenatória transitada em julgado, de forma que, nesta hipótese, somente depois do militar cumprir a pena é que deverá o mesmo ser demitido (alínea “e” do inciso II do artigo 23); e a segunda diz respeito à hipótese da deserção que, dada à *ausência de condição de procedibilidade* (o militar torna-se definitivamente incapaz para o serviço policial militar no exame de saúde que é submetido quando preso), leva ao arquivamento dos autos na Justiça Militar, isto a requerimento do Ministério Público, logo, não há o processo-crime da deserção.

De observar-se que a *demissão do Oficial* da Polícia Militar em qualquer hipótese *seja por decisão judicial condenatória com pena privativa de liberdade superior a dois anos, seja por ser julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível*, somente ocorre *depois de decretada a perda do posto e da patente por decisão do Tribunal Militar* (incisos VI e VII do parágrafo 3º do artigo 142 da CF), enquanto a *demissão da Praça* somente poderá ocorrer, *por prática de crime, cuja pena privativa de liberdade for superior a dois anos*, condicionada à decisão do Tribunal de Justiça Militar (artigo 125, parágrafo 4º, da CF), logo, verifica-se que a *demissão pelo fato da deserção*, embora este delito tenha pena privativa de liberdade igual ou inferior a dois anos, *não prescinde* da decisão da Justiça Militar, sendo, pois, *um caso específico de demissão*.

Tal tratamento não deve causar espécie ao leitor, uma vez que tanto o Oficial como a Praça, na Polícia Militar, são *vitalícios* no dizer de Álvaro Lazzarini<sup>19</sup>, assim, quis o legislador reservar um tratamento diferenciado para a demissão do desertor, questão esta que merece a observância legal.

É de se consignar que falar de *demissão do desertor* só tem cabimento para o criminoso Oficial ou Praça *com* estabilidade, isto porque a Praça *sem* estabilidade

<sup>19</sup> “Temas de Direito Administrativo”, RT, 2000, pág. 226/240.

deve ser *excluída do serviço ativo*, como assim determina o CPPM (parágrafo 4º do artigo 456). Ocorre que tanto o CPPM como a Lei de Inatividade da Polícia Militar impõem, se Oficial ou se Praça *com* estabilidade, fiquem esses militares agregados, logo, se demitidos ao invés de estarem agregados, é de se perguntar quais os efeitos que isso traz para o processo de deserção, motivo da escolha de tal questão para aqui ser tratada nesta palestra.

A princípio vejo que a Administração *não deve demitir o desertor*, por fato diverso da deserção, e *antes do oferecimento da denúncia* contra o mesmo, caso contrário haverá um incidente desnecessário e *que deverá impor à Administração Militar a reinclusão do Oficial ou da Praça estável*, uma vez que a Praça *sem* estabilidade já fora excluída do serviço ativo.

Essa solução é aquela que vai conciliar os interesses da Administração Militar (demitir o seu integrante, que é desertor) com os interesses do CPPM (processar o desertor), no entanto, melhor seria se a Administração Militar, ainda que venha processando administrativamente o desertor por outro fato administrativo, pudesse decidir pela demissão, *mas aguardasse a captura do criminoso para então publicar o ato demissório*.

Veja que se a Administração Militar, embora com o processo demissório concluído, aguardar a captura do desertor, *isso não trará nenhum incidente e nenhum ônus ao erário*, uma vez que, como se falou, o desertor estará agregado, caso contrário, a despeito da demissão por outro fato (diverso da deserção), a Administração Militar irá ter o dever de reincluir o desertor, agora com o ônus da reintegração, inclusive de pagar-lhe os vencimentos até, se for o caso, o cumprimento da pena, como estampa o próprio Regulamento Disciplinar (artigo 23, II, “e”).

Seja numa ou noutra situação – estando o desertor agregado ou demitido (excluído do serviço ativo), seja Oficial ou Praça o criminoso – caberá a Polícia Judiciária Militar (PJM) *o ônus de prender o desertor* (com a captura ou com a sua apresentação espontânea) e ao Ministério Público *o oferecimento da denúncia*, tudo traduzindo o dever do Estado na persecução penal.

Assim, não deve a precoce demissão do desertor discorrida, fazer cessar o trabalho de persecução penal pela própria Instituição Militar, caso contrário estará instituído o perdão administrativo (a *abolitio criminis*) contra a lei.

Como se viu, é o próprio RDPM que estabelece a imposição da demissão ao desertor somente depois de o mesmo sofrer a persecução penal, logo, será causa de precoce demissão e porque não dizer de ilegal demissão se a Administração Militar não aguardar o pronunciamento da Justiça Militar nessa matéria, causando, como se apontou entraves para o trabalho do Ministério Público.

Doutro modo, persistindo a Administração Militar em contrariar os dispositivos legais mencionados que dão tratamento diferenciado e rigoroso ao desertor, não vejo outra forma senão a alternativa da Administração Militar de rever esse tipo de procedimento, que já rotulei como irregular, não obstante a persecução penal e com isso tolhendo o trabalho do Ministério Público.

Deve, portanto, caso a Administração Militar demitir o desertor *arcar com o ônus que a lei lhe impõe de perseguir e capturar o desertor*, reincluindo-o a seguir à Instituição

Militar, para se ver processado, caso ele preencha as condições legais (ser considerado apto na inspeção de saúde), cabendo ao Ministério Público, como *fiscal da lei*, cuidar que a Polícia Judiciária Militar cumpra o seu dever na persecução penal do desertor, responsabilizando, se necessário, o Comandante que descumpra a lei.

#### 4. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS DA DESERÇÃO

O delito de deserção depende da ocorrência de *atos* administrativos como: *a falta ao serviço, a ausência e o decurso do prazo de graça*, que antecedem ao crime e que ordinariamente irão lastrear o Termo de Deserção, todavia, *nada impede que, uma vez não realizados os registos daqueles fatos administrativos quando do início da consumação do delito sejam realizados depois*, mesmo quando cessados os atos criminosos e desde que observado o prazo prescricional.

Notadamente, em face dos fatos administrativos mencionados ocorrerão *atos* administrativos como: a comunicação da falta ao serviço, à parte de ausência, o inventário dos bens da Fazenda Pública deixado pelo ausente, a parte de deserção, o Termo de Deserção, a exclusão do serviço ativo ou a agregação, a publicação dos atos no Boletim Interno, e a remessa dos autos à Justiça Militar.

De relevo, tais *atos* administrativos que encontram como ponto alto o Termo de Deserção, registrando todas as circunstâncias do crime, as datas, a contagem dos dias para o cálculo da consumação do delito, é o documento hábil que ensejará a prisão do desertor e determinará à Polícia Judiciária Militar a persecução criminal do criminoso, a qual não cessa nem mesmo se ocorrida à demissão do desertor.

**Neste tópico, dada a distribuição do tempo desse painel entre os expositores, apenas reservei-me a mencionar os aspectos que compõem a instrução preliminar da deserção, ou seja, os fatos e os atos que são ínsitos à fase pré-processual, mas que determinam a ocorrência do tipo penal militar, no entanto, estou certo de que tal abordagem não passará sem o primoroso comentário do nobre expositor, o 1º Tenente PM Coimbra, logo a seguir.**

#### 5. CONCLUSÃO

A deserção é um dos delitos militares mais tradicionais, conhecidos desde a antiguidade e que ao longo da sua história, até os nossos dias, sempre recebeu um tratamento penal rigoroso – com proibição do *sursis* e com uma prescrição que é a maior de todos os crimes militares – ensejando para sua compreensão também medidas de *ordem administrativa* para marcar o início da consumação e *medidas de ordem processual penal militar* determinando a prisão do desertor e impondo, de maneira cogente, à Polícia Judiciária Militar esse ônus e ao Ministério Público o oferecimento da denúncia.

Destarte, o combate ao delito de deserção é um *dever* do Estado sendo que a Administração Militar deve ajustar o seu atuar diante dos vários dispositivos legais que cuidam dessa matéria, não causando com seus atos (demissão ou expulsão do desertor) entraves ao trabalho do Ministério Público e nem prejuízo à persecução



penal do criminoso, pois nessa matéria deve prevalecer o *interesse público*, devendo a vontade do Comandante se subordinar à lei.

A demissão decorrente da deserção é *uma demissão específica*, diante do ordenamento jurídico, dependendo não somente da decisão da Justiça Militar, mas também do cumprimento da pena aplicada ao condenado, ressalvado o caso da deserção que, embora praticada, não permita o seu processamento, como ocorre, por exemplo, *no caso de falta de condição de procedibilidade originada pelo fato do desertor ser julgado definitivamente incapaz na inspeção de saúde*, mas mesmo assim dependerá de pronunciamento judicial precedido de requerimento do Ministério Público.

O delito de deserção encontra tratamento *peculiar* no ordenamento jurídico exigindo para sua compreensão o exame de aspectos de ordem: *penal militar, processual penal militar e administrativo*, tudo sob a guarida constitucional, logo, não se pode praticar determinado procedimento, *como é o caso da demissão do desertor*, se não for em consonância com todos os dispositivos legais que regem a matéria.

**Ronaldo João Roth,**  
**juiz auditor da 1ª Auditoria Militar do Estado de São Paulo**



**APONTAMENTOS SOBRE A  
DEMISSÃO DO DESERTOR**

***Cícero Robson Coimbra Neves***



# APONTAMENTOS SOBRE A DEMISSÃO DO DESERTOR

Cícero Robson Coimbra Neves

**SUMÁRIO:** I – Autonomia dos Poderes e Tríplice Responsabilidade Caracterizada por Instâncias Autônomas. II – A Transgressão de Ausência e a Deserção. III – Da Demissão. IV – A Aplicação da Lei de Ofício. V – O Devido Processo Legal. VI – A Dificuldade em se reconhecer a Praça Estável. VII – Conclusão: O Risco de se Conferir Estabilidade ao Desertor ou ao Trânsfuga.

## I – AUTONOMIA DOS PODERES E TRÍPLICE RESPONSABILIDADE CARACTERIZADA POR INSTÂNCIAS AUTÔNOMAS

Inicialmente, deve-se entender que a questão exige uma compreensão detida do sistema constitucional, especificamente no que concerne à tripartição do poder ou, como preferem alguns, tripartição de funções, vez que o poder é uno e indivisível.

Nesse sentido, dispõe o art. 2º da Lei Maior que são *Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário*. Com correlato na Constituição Paulista, especificamente no art. 5º, a tripartição do poder se afigura como princípio fundamental da República Federativa do Brasil, imutável porquanto se constitui em cláusula pétrea, nos termos do art. 60, § 4º, inciso III, de nossa *Grundnorm*. Tal rigidez é presumível também para as Unidades Federativas à luz do ordenamento jurídico vigente, vez que a turbacão ao exercício livre dos poderes de qualquer das Unidades da Federaçcão poderá ensejar a intervençcão da Uniãoo no Estado, *ex vi* art. 34, inciso IV, também da Carta Magna.

Mas o que se deve entender por poderes *independentes e harmônicos entre si*?

Busquemos a resposta na magistral liçcão de José Afonso da Silva que, sem meias palavras, consigna que a independência dos poderes significa, dentre outras duas características, *que a investidura e a permanência das pessoas num dos órgãos do governo não depende da confiança nem da vontade dos outros*<sup>1</sup>.

Vê-se logo que o eminente constitucionalista entende que a autonomia, característica da tripartição, pressupõe a autonomia de gestão administrativa, afeta ao servidor público. E dizer que, a maneira de acesso ao serviço público, bem como o modo e a circunstância em que haverá a cessação do vínculo firmado, são matérias inerentes ao poder interessado, não havendo a possibilidade de interferência de outro poder, salvo em situações específicas caracterizadas pelo *sistema de freios e contrapesos*, autorizadas pela própria Constituição.

A propósito dessas exceções, nelas residem a significação da palavra *harmônicos*, vez que, por óbvio, a independência não é absoluta, quebrada apenas em circunstâncias específicas previstas pelo constituinte.

<sup>1</sup> SILVA, José Afonso da. Direito Constitucional Positivo. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 114.

De outro lado, o militar do Estado, a exemplo do servidor público, está sujeito a uma tríplice responsabilidade, no que tange aos atos ilícitos que pratica. É dizer que o policial militar, ao praticar uma conduta irregular, poderá sofrer conseqüências nas esferas penal, civil e administrativa.

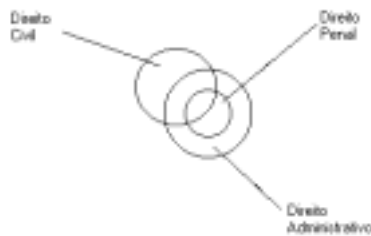
A responsabilidade administrativa encontra seu delineamento nos estatutos e regulamentos disciplinares, o que colore a responsabilidade em relevo com a designação de disciplinar. Em outras palavras, surge a chamada responsabilidade administrativo-disciplinar ou, simplesmente, responsabilidade disciplinar.

O ponto central da discussão, destarte, reside em entender como se processa, na visão doutrinária, a interação dessas esferas. Em outros termos, deve-se averiguar, para o raciocínio que se afigura, se as esferas são independentes ou não entre si, principalmente no que se refere à responsabilização penal e administrativa.

Cediço na doutrina que as esferas de direito supracitadas (penal, administrativa e civil) funcionam de modo autônomo e harmônico, uma em relação às outras.

Entendo que essa relativa independência, no caso específico dos militares, é mitigada mas, ainda assim, existente e necessariamente reconhecida.

Representando a inter-relação das esferas graficamente, teríamos o seguinte:



No que tange especificamente às esferas penal e administrativa, Di Pietro, com peculiar maestria ensina que, em face de um fato que é, ao mesmo tempo, definido em lei como crime e transgressão, *instauram-se o processo administrativo disciplinar e o processo criminal prevalecendo a regra da independência entre as duas instâncias, ressalvadas algumas exceções, em que a decisão proferida no juízo penal deve prevalecer, fazendo coisa julgada na área cível e na administrativa*<sup>2</sup>.

Cumpra, por derradeiro, anotar que as esferas em apreço constituem círculos concêntricos, o que permite afirmar que nem toda transgressão é crime, porém, todo crime é transgressão.

<sup>2</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. São Paulo: Atlas, 2004. p. 522.

Da união dos dois argumentos, pode-se concluir que:

- 1) o Poder Executivo é dotado, à luz da tripartição dos poderes, de autonomia de gestão de seus servidores públicos e militares, devendo apenas ter por lastro a lei a guiar suas medidas;
- 2) da análise da tríplice responsabilidade do militar do Estado, as esferas penal e administrativa são relativamente independentes, não havendo necessidade de que se aguarde o término do processo crime para que se inicie a persecução transgressional.

No Estado de São Paulo, o Poder Legislativo trouxe ao mundo jurídico a Lei Complementar 893, de 09 de março de 2001, publicada no Diário Oficial de 10 de março de 2001, sendo esta a data de sua entrada em vigor, de acordo com o **art. 89** da mesma Lei Complementar.

Essa realidade, destarte, permite que o Poder Executivo paulista, em mais uma manifestação de independências em relação aos demais Poderes, adstrito à lei supracitada, delibere acerca do desencadeamento de persecução da transgressão disciplinar, independentemente da existência de processo crime relativo ao mesmo fato, agora em observância à independência das esferas de responsabilidade.

## II – A TRANSGRESSÃO DE AUSÊNCIA E A DESERÇÃO

A Polícia Militar, como órgão integrante do Poder Executivo, sujeita, portanto, à construção supra, de ter seu lastro, mormente no que concerne à aplicação de sanções disciplinares, na Lei Complementar 893/01, conhecida por Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo (RDPM).

Sabemos que para se configurar a deserção o caminho necessário é a ausência, sendo conveniente avaliar se ambas, deserção e ausência, são transgressões disciplinares, à luz do Diploma Disciplinar.

Obviamente que a resposta é em sentido afirmativo. Todavia, o momento de constatação de uma e de outra é diferente e, por conseqüência, o devido processo legal para sancionar um caso e outro também é diverso.

Antes de enfrentar essa distinção, entretanto, convém explanar o sistema de previsão transgressional do RDPM.

O sistema disciplinar da LC 893/01 tem por base primeira a definição dos valores policiais-militares (art. 7º), sobre os quais são erigidos os deveres policiais militares (art. 8º) que, por sua vez, deságuam nas transgressões disciplinares. Essas podem ser de duas espécies maiores: aquelas previstas no parágrafo único do artigo 13 e aquelas que, embora também afrontem valores e deveres, não encontram previsão expressa no art. 13. As primeiras serão denominadas, neste trabalho, de **específicas**, ao passo que chamaremos as segundas de **genéricas**.

Deve-se entender que ambas decorrem dos valores e deveres, porém as específicas foram idealizadas pelo legislador, que se deteve apenas em alguns casos, um rol exemplificativo de faltas disciplinares.

Nesse sentido, dispõe o art. 12 do RDPM ao consignar:

**Artigo 12 - Transgressão disciplinar é a infração administrativa caracterizada pela violação dos deveres policiais-militares, cominando ao infrator as sanções previstas neste Regulamento.**

**§ 1º - As transgressões disciplinares compreendem:**

**1 - todas as ações ou omissões contrárias à disciplina policial-militar, especificadas no artigo 13 deste Regulamento;**

**2 - todas as ações ou omissões não especificadas no artigo 13 deste Regulamento, mas que também violem os valores e deveres policiais-militares.**

A razão para que a “Lei Disciplinar” trabalhe com as chamadas transgressões genéricas é muito simples, residindo na impossibilidade de o legislador prever todas as condutas indesejadas passíveis de cometimento pelos militares do Estado de São Paulo, necessitando reservar uma possibilidade para a imposição de reprimenda, sem que haja exatamente expressa a conduta em pauta.

Essa característica não se restringe ao Direito Administrativo Disciplinar Militar, mas é comum no Direito Administrativo Disciplinar em geral. De modo uníssono, postula a doutrina não viger, em matéria disciplinar, o princípio da tipicidade, mas seu oposto, ou seja, o **princípio da atipicidade**. Citemos, à guisa de exemplo, os ensinamentos de Di Pietro:

*Ao contrário do Direito Penal, em que a tipicidade é um dos princípios fundamentais, decorrente do postulado segundo o qual não há crime sem lei que o preveja (nullum crimen, nulla poena sine lege), no direito administrativo prevalece a atipicidade; são muito poucas as infrações descritas na lei como ocorre com o abandono de cargo. A maior parte delas fica sujeita à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto; é a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como ‘falta grave’, ‘procedimento irregular’, ‘ineficiência do serviço’, ‘incontinência pública’, ou outras infrações previstas de modo indefinido na legislação estatutária. Para esse fim, deve ser levada em consideração a gravidade do ilícito e as consequências para o serviço público.<sup>3</sup>*

Sem embargo, o fato transgressional é de difícil concepção de modo que seria impossível a capitulação de todos os possíveis ilícitos disciplinares. Ingressaria o legislador em uma cruzada invencível.

Por outro lado, entretanto, não pode ficar o servidor totalmente ao arbítrio da autoridade disciplinar que, de acordo com seu estado de humor, decidirá o que é e o que deixa de ser infração funcional.

<sup>3</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 515.



Dessa forma, *data maxima venia*, ousa-se discordar daqueles que postulam a atipicidade em Direito Administrativo Disciplinar, sendo mais apropriado sustentar que vige nesse “ramo” do Direito – especialmente em Direito Administrativo Disciplinar Militar – a tipicidade moderada, ou “tipicidade mitigada”.

Basta que se analise o texto dos regulamentos disciplinares das forças militares para que se note que a atipicidade não se afigura como princípio geral aplicável a todas as espécies de ilícito disciplinar.

Em Pernambuco, por exemplo, o Código Disciplinar dos Militares do Estado (Lei Estadual 11.817, de 24 de julho de 2000) é organizado em parte geral e parte especial. Ao definir especificamente as transgressões disciplinares, foi feliz o legislador daquela Unidade da Federação ao expor, com clareza e concisão, os elementos caracterizadores de cada ilícito disciplinar, como dispõe, *in exemplis*, o artigo 80, que consigna como transgressão disciplinar o fato de o militar *dar conhecimento de fatos, documentos ou assuntos militares, a quem deles não deva ter conhecimento e não tenha atribuições para neles intervir*.

Obviamente, naquele diploma também há válvula para que outras condutas sejam reprimidas sem que estejam capituladas na parte especial (art. 13 do Código Disciplinar dos Militares do Estado de Pernambuco), todavia essa exceção não afasta a tipicidade, mas somente postula em favor de um abrandamento, uma mitigação desse princípio na esfera de Direito tratada.

Por derradeiro, deve-se frisar que em havendo uma transgressão genérica, pela afronta de deveres e valores e que, ao mesmo tempo, seja prevista como transgressão disciplinar específica, deverá esta prevalecer sobre aquela, em observância ao **princípio da especialidade**.

Voltemos, pois, à discussão inicial acerca da ausência e da deserção.

No contexto apresentado, a ausência se configura em transgressão específica da Lei Disciplinar Paulista, especificamente prevista no número 73, do parágrafo único, do art. 13, sendo grafada como um ilícito disciplinar de natureza grave. Nos termos do *caput* art. 85, acrescenta-se, o direito de punir essa transgressão será atingido pela prescrição em cinco anos a contar da prática do ato ilícito.

Já a deserção não mereceu o mesmo tratamento pelo legislador, sendo também uma transgressão, porém, sem capitulação específica, o que lhe dá, segundo nossa classificação, o título de transgressão genérica. É transgressão por força da inter-relação das esferas penal e administrativa, círculos concêntricos como verificado na representação acima. Nos termos do art. 85, § 1º, anote-se, o direito de punir essa transgressão será atingido pela prescrição ao mesmo tempo previsto para o crime, se esse prazo for superior a cinco anos, ou dever-se-á considerar o prazo quinquenal.

Disso conclui-se que a Administração Policial-Militar pode punir a ausência, sem necessidade do reconhecimento do crime de deserção, iniciando o processo em observância à oficialidade. Por outro lado, caso se deseje punir, no âmbito disciplinar, a deserção, necessário será que haja o reconhecimento do crime, por sentença condenatória, verificando-se, neste ponto, uma das exceções em que a esfera disciplinar depende da penal, para ser efetivada.

Contudo, uma questão intrigante se apresenta. Como o caminho para se chegar à deserção passa necessariamente pela ausência ilegal, no caso do réu em processo crime por deserção ou do trânsfuga, não é possível que se reconheça a transgressão disciplinar de ausência precedente, efetivando-se sua punição? Parece-me óbvio que sim!

Aliás, várias são as citações doutrinárias nesse sentido.

Célio Lobão, ao tratar do delito de deserção, observa que *três são as modalidades da deserção contempladas no diploma repressivo castrense. Na primeira, a conduta incriminada é ausentar-se, sem autorização, da unidade ou lugar onde serve, passando o militar, desde logo, à condição de ausente, sujeitando-se à sanção disciplinar(...)*<sup>4</sup>. Mais adiante, ao tratar do prazo de graça, sacramenta que *antes do transcurso desse prazo não há deserção, não há desertor, mas ausente, condição esta que sujeita o militar apenas a sanção disciplinar*<sup>6</sup>.

Ainda nesse sentido postula Ronaldo João Roth ao afirmar que *durante o período de ausência injustificada que antecede ao crime, o militar sujeitar-se-á às penalidades de seu regulamento disciplinar, que prevê transgressão disciplinar para aquele comportamento*<sup>6</sup>.

Note-se que nenhum dos insignes doutrinadores citados indicam que a configuração efetiva da deserção obsta a punição disciplinar por ausência ilegal.

Do até aqui postulado, temos:

- 1)** o Poder executivo, representado pela Administração Policial-Militar tem a autonomia de ação, respeitando-se os dogmas legais, para gerir (inclusive sancionar) os militares dos Estados, sendo esse contexto uma manifestação de independência dos Poderes;
- 2)** as esferas de responsabilidade que sujeitam o militar do Estado são autônomas, havendo pontos em que a sanção disciplinar estará adstrita à decisão criminal, em observância à constatação de que existem círculos concêntricos representado as duas instâncias;
- 3)** para punir a deserção, já que existem círculos concêntricos e o ato de desertar representa crime militar, deve-se aguardar a condenação (inclusive transitada em julgado);
- 4)** por outro lado, a ausência ilegal pode ser punida pela Administração desde sua configuração até ser atingida pela prescrição que, salvo em casos de suspensão, se operará no prazo de cinco anos, ainda que a ausência se transforme, mesmo que em tese no caso de não haver condenação, em deserção.

<sup>4</sup> LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 228.

<sup>5</sup> Idem. *Ibidem*. p. 232.

<sup>6</sup> ROTH, Ronaldo João. *Temas de Direito Militar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004. p. 60.

### III – DA DEMISSÃO

O RDPM, em seu art. 14, traz as sanções disciplinares, a saber:

- advertência;
- repreensão;
- permanência disciplinar;
- detenção;
- reforma administrativa disciplinar;
- demissão;
- expulsão;
- proibição do uso do uniforme.

A demissão, dispõe o art. 23 do mesmo *codex*, será aplicada ao militar do Estado na seguinte conformidade:

#### 1) ao oficial quando:

- a) for condenado a pena restritiva de liberdade superior a 2 (dois) anos, por sentença passada em julgado;
- b) for condenado a pena de perda da função pública, por sentença passada em julgado;
- c) for considerado moral ou profissionalmente inidôneo para a promoção ou revelar incompatibilidade para o exercício da função policial-militar, por sentença passada em julgado no tribunal competente;

Deve-se também ter em mente que *a aplicação da pena de demissão de Oficial exige o devido processo legal previsto no § 1º do artigo 42 e nos incisos VI e VII do § 3º do artigo 142 da Constituição Federal, e nos §§ 4º e 5º do artigo 138 da Constituição do Estado de São Paulo*<sup>7</sup>.

#### 2) à praça quando:

- a) for condenada, por sentença passada em julgado, a pena restritiva de liberdade por tempo superior a 2 (dois) anos (sem processo regular);
- b) for condenada, por sentença passada em julgado, a pena de perda da função pública (sem processo regular);
- c) praticar ato ou atos que revelem incompatibilidade com a função policial-militar, comprovado **mediante processo regular**;
- d) cometer transgressão disciplinar grave, estando há mais de 2 (dois) anos consecutivos ou 4 (quatro) anos alternados no mau comportamento, apurado mediante processo regular;

<sup>7</sup> Nota constante da Portaria do Cmt Geral, de nº CorregPM-001/305/01.

e) houver cumprido a pena conseqüente do crime de deserção (sem processo regular);

f) considerada desertora e capturada ou apresentada, tendo sido submetida a exame de saúde, for julgada incapaz definitivamente para o serviço policial-militar (sem processo regular).

À nossa discussão interessa particularmente a demissão de Praça nos casos especificados nas alíneas “c”, “e” e “f”, já que a demissão do Oficial deve ser precedida da decisão do Tribunal competente, portanto, por força constitucional, fora das possibilidades da Administração Militar, e que as demais alíneas não dizem respeito ao problema discutido.

Do consignado, fácil notar que em qualquer ato que revele *incompatibilidade com a função policial-militar, comprovado mediante processo regular* (alínea “c”), o militar do Estado de São Paulo pode ser demitido. A ausência se enquadra nessa definição, vez que é ato atentatório ao valor policial militar de constância, ligado intimamente ao dever de assiduidade. Vale dizer que, aquele que configura um ou mais dias de ausência estará em prática de transgressão disciplinar anti-profissional, atentatória à instituição militar que não pode prescindir do comparecimento de seu efetivo para bem realizar seu mister constitucional, situação que eleva a reprovação de uma falta que, por previsão própria, já é grave<sup>8</sup>.

Desde que o processo regular ratifique a conclusão preliminar pelo cometimento da falta, poderá haver a demissão.

164

De se notar que não se falou, até o momento, em deserção, pouco importando para a instauração do processo regular se a ausência apurada se configurou, posteriormente, em deserção.

Mas, então, por que o RDPM consagra, nas alíneas “e” e “f”, a demissão em razão da deserção? Não seria prova maior de que, sistematicamente o Diploma em apreço desejou que o ausente e posterior réu em processo por deserção ou trãnsfuga fruisse “estabilidade” para a posterior reversão ao serviço ativo?

Penso que não.

Em verdade, as previsões do Diploma Disciplinar afetas à deserção têm caráter subsidiário, ou seja, serão aplicadas em casos em que aquele considerado desertor, por qualquer motivo, em especial por falha da Administração Militar, pudesse permanecer no serviço ativo.

Vejam os exemplos:

1) Um Sd PM foi movimentado para uma cidade do interior, recebendo o ofício de apresentação em seu batalhão de origem e rumando para a unidade de destino. Ocorre que, por motivos quaisquer, o referido militar não se apresenta à sua nova unidade, permanecendo anos nessa *zona morta*, ou seja, a unidade de origem pensa que ele se apresentou na nova unidade que, por sua vez, nem sabe da movimentação, não efetuando a cobrança. Para levar o exemplo a cabo, imaginemos que, pacificou-se

<sup>8</sup> Vide art. 12, § 2º, 1, da LC 893/01.

na Justiça Militar que é possível a instauração de IPM para o crime de deserção<sup>9</sup> e o fato, chegando ao conhecimento da Justiça Castrense, é apurado pelo citado procedimento, instaurado por requisição do Ministério Público. O comandante da unidade destinatária, sem saber o que fazer, pois a transgressão de ausência não foi regularmente materializada, nada instaura na esfera administrativa e, tempos depois o militar é condenado por deserção e cumpre a pena mínima de seis meses. Nesse caso, nos termos da letra “e” acima descrita, o militar do Estado deveria ser demitido, *ex officio*, vez que já lhe foi garantida a ampla defesa e o contraditório no processo crime e, a demissão, se deu motivada pelo reconhecimento do delito.

Em conclusão, temos que a demissão do trãnsfuga e do réu em processo de deserção, seja Praça estável ou não, se dá em razão da prática da falta disciplinar de ausência e não da prática do delito de deserção.

#### IV – A APLICAÇÃO DA LEI DE OFÍCIO

*Administrar é aplicar a lei de ofício*, sempre nos lembramos das insubstituíveis lições de Seabra Fagundes<sup>10</sup>.

Com efeito, a atividade administrativa, por força do *caput* do art. 37 da Constituição Federal, deve obediência à legalidade, elevada à condição de princípio da Administração Pública. Esse comando, ensina Di Pietro, leva à conclusão de que *a Administração Pública só pode fazer aquilo que a lei permite*<sup>11</sup>, contrapondo-se ao princípio da autonomia da vontade, ou da vinculação negativa, grafado no inciso II, do art. 5º, da Lei Maior, afeta essa acepção ao atuar do cidadão e não, *in exemplis*, da Administração Militar.

Como demonstrado, a aplicação de demissão ao trãnsfuga, com fundamento no cometimento de falta de ausência, é perfeitamente alinhada às possibilidades conferidas pela LC 893/01, calcando-se, ainda, em postulados de ordem constitucional.

#### V – O DEVIDO PROCESSO LEGAL

Apenas para que haja completo entendimento, deve-se consignar que, para a aplicação da *peia disciplinar* de demissão à Praça PM pelo cometimento de falta disciplinar de ausência, a Lei Disciplinar exige a instauração de um Processo Regular.

Para Praças, o RDPM previu duas espécies de processo regular, a saber:

- a) o Conselho de Disciplina (CD), para praças com 10 (dez) ou mais anos de serviço policial-militar;
- b) o Processo Administrativo Disciplinar (PAD), para praças com menos de 10 (dez) anos de serviço policial-militar.

<sup>9</sup> Anote-se que, recentemente, surge o entendimento de que é possível a apuração do delito de deserção por inquérito policial militar, conclusão a que se chega em razão de requisição, oriunda da Justiça Militar do Estado de São Paulo, ao Comandante da Corporação, requisitando a instauração de procedimento.

<sup>10</sup> FAGUNDES, Miguel seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. Rio de Janeiro: Forense, 1967. p. 16.

<sup>11</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 68.

Os dois possuem ritos idênticos, havendo apenas a distinção no que tange à condução que no CD recai sobre um órgão colegiado (em regra um Capitão e dois Oficiais Subalternos) e no PAD recai sobre um único Oficial (monocrático). Nos termos da Portaria de nº CorregPM-1/310/99, publicada no Boletim Geral 146 de 1999, o processo regular deve ser instaurado até o 6º dia de ausência ilegal, o que não impede que o Comandante do militar transgressor o faça antes desse prazo.

A decisão final que impõe a sanção de demissão, em ambos, é de competência do Comandante Geral da Corporação.

## VI – A DIFICULDADE EM SE RECONHECER A PRAÇA ESTÁVEL

Uma questão também interessante ao tema diz respeito ao diferente tratamento dado pelo Código de Processo Penal Militar à Praça estável e à Praça não estável.

Postula-se que a Praça não estável, ao ser considerada desertora, deve ser excluída do serviço ativo, enquanto a Praça estável deve, nas mesmas circunstâncias, ser agregada, ao menos assim reza o Diploma Processual Penal Militar, em seu art. 456, § 4º.

Ocorre que, a primeira dificuldade para a aplicação desse dispositivo à Polícia Militar, particularmente em São Paulo, reside na distinção entre as figuras da Praça estável e Praça não estável. Na vigência do Decreto-lei estadual 260/70, essa distinção era límpida, clara nos termos do seu artigo 47 que permitia a demissão ou expulsão de Praça com menos de 10 anos de serviço por ato justificado, vale dizer, sem haver processo regular. Portanto, à luz desse diploma, a Praça não estável (com menos de 10 anos de efetivo serviço) estaria sujeita à demissão ou expulsão por ato motivado, vale dizer, sem processo regular<sup>12</sup>.

No entanto, essa realidade se alterou em face do novel Estatuto Disciplinar que, sob o enfoque da exigência ou não de Processo Regular, igualou Praças com menos de 10 anos de serviço com aquelas com 10 anos ou mais de efetivo serviço. A única distinção existente, como já afirmado, reside na condução do processo regular que pode ser monocrática ou por órgão colegiado.

Por outro lado, um novo patamar para a estabilidade parece ter sido estipulado, vez que, por força da Lei Complementar 697, de 24 de novembro de 1992, a graduação de soldado, no Estado de São Paulo, passou a ter duas classes, marcadas pela conclusão, dentre outros requisitos, de um estágio probatório de 730 dias. O Sd 2ª Classe PM, ainda em estágio probatório, será exonerado por um procedimento muito mais simples, chamado Procedimento Administrativo Exoneratório (PAE). Respeitando as opiniões divergentes, parece-me estar nesse ponto a distinção acerca da estabilidade.

Some-se a esse problema, uma questão afeta aos conceitos trazidos pelo CPPM, peculiares aos militares da União, vez que para essa categoria foi criado.

Dessa forma, os conceitos trazidos pela lei processual castrense devem ser vistos, na órbita estadual, com muita ressalva.

<sup>12</sup> Ainda que houvesse tal permissibilidade pelo Decreto-lei nº 260/70, desde há muito, a Corporação optou pela adoção de um processo específico para as praças com menos de dez anos de serviço, o antigo Processo Disciplinar Sumário, semente do atual Processo Administrativo Disciplinar.

É o típico caso da exclusão do serviço ativo, condição em que deve ingressar a Praça não estável que seja considerada desertora.

A exclusão do serviço ativo, nos termos do art. 94 da Lei 6880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), é contemplada como uma condição de inatividade alcançada por várias causas, a exemplo da demissão da expulsão e da deserção.

Em nosso diploma específico, o Decreto-lei estadual 260/70 (revogado em alguns dispositivos pelo RDPM), a exclusão do serviço ativo como figura autônoma é inexistente. Fala-se, sim, em inatividade alcançada por agregação, transferência para a reserva, reforma, exoneração, demissão e expulsão (art. 3º).

A agregação, diferentemente do que ocorre no Estatuto dos Militares onde essa figura não significa inatividade, para os militares do Estado de São Paulo representa uma condição de inatividade temporária, alcançada por várias causas, incluindo, nos termos do inciso X, do art. 5º do referido Decreto-lei, o fato de o militar do Estado ser considerado desertor<sup>13</sup>, não importando se Oficial, Praça Especial, Praça com mais ou menos de 10 anos de serviço.

Pelo exposto, no Estado de São Paulo, aquele considerado desertor será agregado, que se constitui em uma forma de inatividade temporária, até que seja capturado (ou se apresente) ou que haja a demissão<sup>14</sup>, não em decorrência da deserção, mas da ausência ilegal antecedente, conforme já demonstrado.

## **VII – CONCLUSÃO: O RISCO DE SE CONFERIR ESTABILIDADE AO DESERTOR OU AO TRÂNSFUGA**

Por derradeiro, primordial a citação de um exemplo elucidativo que demonstre o risco de se considerar impossível a demissão do Desertor ou do Trânsfuga.

Imaginemos um militar (Sd PM), com 35 anos de idade, que cometa a deserção e encontre-se foragido, portanto, trânsfuga. Considere-se, em adição, que é pacífico o entendimento de que a Administração não pode demitir referido militar, sob pena de afastar uma condição de procedibilidade quando da captura, já que não poderá ser reincluído, após inspeção de saúde, ao serviço ativo. Deve-se, pelo entendimento hipoteticamente pacífico, em vez de demití-lo, agregá-lo até que seja capturado ou que se apresente.

Como sabemos, pela nova visão acerca da prescrição na deserção, o trânsfuga poderá ser beneficiado pela prescrição em razão da idade, ou seja, aos 45 anos de idade, se Praça, e aos 60, se Oficial<sup>15</sup>.

Ao completar 46 anos de idade, o militar transgressor, conhecedor de toda a situação apresentada, retorna e se apresenta, por exemplo, na Corregedoria da Polícia Militar.

<sup>13</sup> Note-se que aqui a norma fala em “considerado desertor” e não em condenado ou que tenha cumprido pena por deserção.

<sup>14</sup> Frise-se que a agregação durará até a causa de interrupção que primeiro ocorrer, dentre a captura, a apresentação ou a demissão.

<sup>15</sup> Vide ROTH, Ronaldo João. Ob. Cit. p. 87 a 93.

Em face dessa circunstância, a Diretoria de Pessoal, após inspeção de saúde, o reverte ao serviço ativo, conforme comanda o entendimento em exemplo.

Questiona-se, diante do exposto, que providências podem ser adotadas pela Administração Militar, pelo Ministério público ou pelo próprio Judiciário?

Em verdade nenhuma.

O Sd PM será, portanto, revertido ao serviço ativo e, após cumprir incólume mais seis anos na Corporação, será reformado, levando consigo um vencimento na inatividade<sup>16</sup>.

Tal conclusão é a única possível, pois, como não houve a aplicação de sanção disciplinar pela ausência, a Administração, contra a sua vontade, aguardou a condenação por deserção. Ocorre que, ao se apresentar, a ação penal não pode ser proposta, já que a prescrição etária alcançou a pretensão punitiva.

De outro lado, a Administração não pode, hoje, puni-lo, pois se considerar como falta a ausência, também se verificará a prescrição quinquenal; se considerar, como alternativa, a deserção como falta a ser punida, não poderá exercer o direito de punir pois em casos de faltas atreladas a crimes, a prescrição se opera ao tempo da prescrição do crime e, em nosso exemplo, o crime está prescrito em face do art. 132 do CPM.

Em razão de todos os argumentos trazidos, postulo em favor de que a Administração Militar possa demitir o desertor em potencial, ou mesmo o trãnsfuga, ainda que tal situação, na interpretação de alguns, leve à ausência de condição de procedibilidade.

Entendo que, assim procedendo, a Administração Militar estará agindo em alinho aos princípios constitucionais reitores da Administração Pública, em especial o da legalidade e o da eficiência. Ademais, em uma visão sistêmica do Direito, o Direito Penal Militar não estará em déficit em sua função, vez que, solucionado o problema na esfera administrativa, a intervenção penal, em observância ao princípio da subsidiariedade que ao lado da fragmentariedade postula em favor de um Direito Penal mínimo, será demasiada. Lembremo-nos de que o Direito Penal, em nome de um Estado de Direito Democrático e Social, deve ser a *ultima ratio*, guardado como remédio amargo para enfermidades medonhas.

*Vultus animi janua est!*

**Cícero Robson Coimbra Neves,**

**1º Ten PM servindo na Corregedoria da Polícia Militar do Estado de São Paulo, bacharel em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas, pós-graduando em Direito Penal pela ESMP, professor de Direito Penal Militar da Academia de Polícia Militar do Barro Branco e de Direito Penal Militar Aplicado no Curso de Especialização de Oficiais em Polícia Judiciária Militar na Corregedoria da Polícia Militar**

<sup>16</sup> Nos termos do art. 30, inciso II do Decreto-lei 260/70, haverá a reforma *ex officio* para cabos ou soldados de polícia, aos 52 anos de idade.



**DOS CRIMES DOLOSOS  
CONTRA A VIDA  
PRATICADOS POR  
POLICIAIS MILITARES**

*Waldir Calciolari*



# DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA PRATICADOS POR POLICIAIS MILITARES

*Waldir Calciolari*

Dispõe o artigo 5º, XXXVIII, da Constituição Federal que compete ao Tribunal do Júri julgar os crimes dolosos contra a vida, consumados ou tentados.

Os crimes dolosos ou intencionais contra a vida estão expressamente mencionados no artigo 74, § 1º, do Código de Processo Penal, quais sejam:

- 1) homicídio (art. 121, § 1º e 2º, do CP);
- 2) induzimento, instigação ou auxílio a suicídio (art. 122, caput e parágrafo único, do CP);
- 3) infanticídio (art. 123 do CP); e
- 4) aborto em suas diversas modalidades (arts. 124, 125, 126 e 127, do CP).

O nosso Direito Positivo Penal Militar, notadamente o Código Penal Militar (Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969), ao tipificar, dentre várias infrações, os crimes militares em tempo de paz, previu o homicídio, a provocação direta ou auxílio ao suicídio e o genocídio, delitos dolosos contra a pessoa e que ofendem o bem jurídico “vida” (CPM, arts. 205, 207 e 208).

O crime de provocação indireta ao suicídio (CPM, art. 207, § 2º), consistente em infligir maus tratos, desumana e reiteradamente, a alguém sob sua autoridade ou dependência, levando-o em razão disso, à prática de suicídio, configura-se, ao meu ver, como um crime preterdoloso, ou seja, qualificado pelo resultado. Trata-se de tipo misto, em que há uma conduta que é dolosa, por dirigir-se a um fim típico, e que é culposa pela causação de outro resultado que não era objeto do crime fundamental, pela inobservância do cuidado objetivo. Assim, por sua natureza preterdolosa, entendo que esta infração não se caracteriza propriamente como crime doloso contra a vida.

Em princípio, caracterizada a infração como de natureza militar, consoante os parâmetros dos artigos 9º e 10º do Código Penal Militar, competente é a Justiça Castrense. Especificamente nas hipóteses de crimes militares cometidos por Policiais Militares e Bombeiros Militares, a competência é da Justiça Militar Estadual (CF, art. 125, § 4º).

Historicamente, a Justiça Castrense, nos casos de conflito de jurisdição com a Justiça Comum, em regra sempre teve sua competência reafirmada pelas Cortes Superiores, dada à sua especialidade.

Comuns as situações envolvendo Policiais Militares à paisana, fora de serviço, prestando segurança privada – o notório “bico” – que utilizavam inadvertidamente a arma de fogo da Corporação Militar e que vinham a cometer homicídio tentado ou consumado. O mero fato de ter sido empregado o revólver da Polícia Militar, carga do

policial, na ação delituosa, bastava para que o crime fosse tido como de natureza militar, portanto da competência da Justiça Militar Estadual.

Em razão de tais ocorrências acarretarem a instauração tanto de um Inquérito Policial, pelo Distrito Policial da área, como um Inquérito Policial Militar, muitas vezes o Ministério Público, oficiante perante a Justiça Comum, por não vislumbrar fundamento maior a caracterizar a ação delituosa como crime militar, oferecia denúncia contra o Policial Militar. Recebida a denúncia pelo Juízo Comum e suscitado posteriormente o conflito de jurisdição, a jurisprudência preponderante mantinha-se no sentido de reconhecer a competência da Justiça Especializada. Neste sentido aresto do Supremo Tribunal Federal que se tornou jurisprudência pacífica:

**“Ementa: Competência criminal. Homicídio praticado por policial militar com arma da corporação. Irrelevância de cometido fora de serviço. Competência da Justiça Militar Estadual, para seu processo e julgamento. Aplicação do art. 9º, II, “f”, do Código Penal Militar” (Ac. HC 65.762-1-PE, j. 29.4.88, Rel. Min. Moreira Alves, RT 635/399).**

Mas tal quadro mudou em parte com o advento da Lei nº 9.299, de 07 de agosto de 1996, sancionada pelo então Presidente da República Fernando Henrique Cardoso. O artigo 1º da Lei nº 9.299/96, ao modificar o artigo 9º do Código Penal Militar, alterou a redação da alínea “c” do inciso II, suprimiu a alínea “f” do mesmo inciso, e acrescentou um parágrafo único, ficando o dispositivo com a seguinte redação:

**“Art. 9º - Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:  
II – os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:**

...

**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;**

...

**f) revogada.**

**Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão de competência da justiça comum.**

A nova redação da letra “c”, do inciso II, do artigo 9º, do CPM – com a revogação da letra “f” – foi feliz na medida em que vinculou a caracterização de crime militar, quando o delito é praticado por militar em serviço ou atuando em razão da função (grifo nosso), previsão inexistente no texto original. Agora, para que haja crime militar, no tocante ao agente que não se encontra em serviço, mormente nas situações em que está de folga e civilmente trajado, é necessário que atuação seja em razão da função. A novidade buscou corrigir as distorções acima elencadas, pois mesmo que o militar não estivesse fardado e de serviço, bastava o emprego de arma da Corporação Militar para que o crime fosse da competência da Justiça Castrense, mesmo que a ação

não se desse em razão da função. Antes da mudança e à luz da letra “f” – posteriormente revogada – um Policial Militar que de folga, durante uma contenda conjugal, dentro da própria casa, viesse a matar a própria esposa, com o revólver de sua milícia, teria sua ação enquadrada como crime militar.

Todavia, no tocante à inserção do parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar, deslocando a competência, nos casos de crimes dolosos contra a vida, praticados por militares contra civis, para a esfera da Justiça Comum, gerou muita celeuma. Vários estudiosos e operadores do Direito, com muita propriedade, sustentam a inconstitucionalidade da Lei nº 9.299/96, por entender que a mudança de competência da Justiça Castrense para a Justiça Comum, deveria se dar por Emenda Constitucional e não por Lei Ordinária.

De fato, uma vez que a norma deslocava os crimes previstos no CPM para a Justiça Comum, ter-se-ia o absurdo da Justiça Criminal Comum passar a julgar crimes militares em essência. Considerando que a Lei Maior confere à Justiça Militar a competência para o julgamento dos crimes militares, alteração do “status quo” só poderia ocorrer por meio de emenda constitucional.

Na Justiça Militar Federal, pelo que se tem notícia, já na vigência da Lei nº 9.299/96, não tem ocorrido o deslocamento para a Justiça Federal Comum da competência dos crimes contra a vida praticados, por militares federais contra civis.

A falta da melhor técnica na redação da alteração introduzida pelo artigo 1º da Lei nº 9.299/96 é inegável ante uma análise perfunctória do novo parágrafo único do artigo 9º do CPM. Segundo o referido texto: “os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum”. Ocorre que diversamente da disposição estrutural do Código Penal, o qual expressamente tipificou os crimes contra vida (CP, arts. 121 a 128), o Código Penal Militar adotou sistemática distinta. Neste último não há o agrupamento específico dos crimes contra a vida, mas sim, contra a pessoa. Destes, somente o homicídio, a provocação direta ou auxílio ao suicídio e o genocídio acarretador de morte, ofendem o bem jurídico “vida”, inexistindo qualquer previsão semelhante à dos artigos 122 a 127 do Código Penal, ou seja, o Código Penal Militar não tipificou o infanticídio e o aborto.

Por seu turno, o genocídio, com resultado morte, capitulado no CPM, não encontrou previsão no Código Penal, mas sim, em norma especial (Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956).

O homicídio simples e o qualificado encontram apenamentos equiparados ao se cotejar o artigo 121, §§ 1º e 2º, do Código Penal, com o artigo 205, §§ 1º e 2º, do Código Penal Militar.

A mesma situação se repete entre o crime de induzimento, instigação ou auxílio ao suicídio (CP, art. 122) e o crime militar de provocação direta ou auxílio a suicídio (CPM, art. 207).

No entanto, a redação do novo parágrafo único do artigo 9º do CPM, não deixou claro se, o militar que cometesse homicídio, provocação direta ou auxílio ao suicídio ou genocídio com resultado morte, contra civil, teria sua conduta criminosa capitulada no Código Penal ou Código Penal Militar.

Em princípio, pelo texto da lei, a capitulação seria a do próprio Código Penal Militar, ou seja, o crime militar, assim definido pelo artigo 9º do Código Penal Militar, passaria para a alçada a Justiça Comum. Como esdrúxulo seria – e até mesmo inconstitucional – o Juiz Singular da Justiça Criminal Comum, ou mesmo o Júri Popular, competentes para processar e julgar tão somente crimes comuns, pautando-se nos ditames do Código de Processo Penal Comum, aquilatar infrações capituladas no Código Penal Militar, subentendeu-se que a tipificação teria que ser a do Código Penal Comum.

Mas percebam que não foi isso que determinou textualmente a redação da nova lei, pois previu tão somente que “os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum”.

Portanto, para que a lei se tornasse aplicável, ao menos na órbita da Justiça Militar Estadual, o operador do direito foi obrigado a fazer “malabarismos jurídicos”, caso contrário, forçoso seria o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma, consistente em Lei Ordinária, a qual impôs que um crime, militar em essência, passasse a ser julgado e processado pela Justiça Comum, mudança somente factível, como já dito, por emenda à Constituição.

Já o genocídio – matar membros de um grupo nacional, étnico, religioso ou pertencente a determinada raça, com o fim de destruição total ou parcial desse grupo – tem penas mínimas distintas previstas no artigo 208, inciso I, do Código Penal Militar (quinze anos) e na Lei nº 2.889/56 (doze anos). Tendo em vista que o genocídio é um crime difícilíssimo de se ver processar na seara da Justiça Castrense do nosso país, os Julgadores não enfrentaram a problemática de qual dos apenamentos deveria ser aplicado.

Certo é que o genocídio, com resultado morte, capitulado no CPM, se trata de um crime doloso que ofende o bem jurídico “vida”. Pela redação introduzida pela Lei nº 9.299/96, o mesmo, quando praticado por militar contra civis, teria que ser julgado e processado pela Justiça Comum. No entanto, levando em conta que o genocídio, na legislação penal e processual comum, não está previsto, tanto no Código Penal, como no Código de Processo Penal, como sendo uma das infrações da competência do Júri, supõe-se que o julgamento e o processamento do mesmo se daria originariamente perante o Juiz Criminal Singular da Justiça Estadual ou Federal.

A conclusão é a de que os tais “delitos dolosos contra a vida” do Código Penal Militar que passariam a ser julgados efetivamente pelo Tribunal do Júri, resumiam-se no homicídio tentado ou consumado, em suas diversas modalidades (privilegiado, simples e qualificado) e no crime de provocação direta ou auxílio a suicídio (de difícil ocorrência), ao passo que o genocídio, com resultado morte, estaria afeto ao Juízo Criminal Comum de primeira instância.

Pesquisa procedida nos julgados do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça, alinhou poucos casos referentes ao crime de genocídio. Em todos, as vítimas eram indígenas e por conta disso, a competência para o julgamento e processamento coube ao Juízo Federal Singular de primeira instância, nos termos do que dispõe o artigo 109, inciso XI, da Constituição Federal, afastada inclusive a possibilidade de julgamento pelo Tribunal do Júri Federal, uma vez considerado que o bem jurídico tutelado não era a vida do indivíduo considerado em si mesmo, mas sim a vida em comum do grupo de homens ou parte deste, mais precisamente, da etnia silvícola:

**STF - RE 179485 / AM – AMAZONAS  
RECURSO EXTRAORDINÁRIO**

**Relator(a): Min. MARCO AURELIO**

**Julgamento: 06/12/1994 Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA**

**Publicação: DJ DATA-10-11-95 PP-38326 EMENT VOL-01808-06 PP-01097**

**Ementa: COMPETÊNCIA - GENOCÍDIO - INDÍGENAS. A competência para julgar a ação penal em que imputada a figura do genocídio, praticado contra indígenas na disputa de terras, é da Justiça Federal. Na norma definidora da competência desta para demanda em que envolvidos direitos indígenas, inclui-se a hipótese concernente ao direito maior, ou seja, a própria vida.**

**Processo: EDRESP 222653/RR - Embargos de Declaração no Recurso Especial 1999/0061733-9**

**Relator: Ministro JORGE SCARTEZZINI (1113)**

**Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA**

**Data do Julgamento: 22/05/2001**

**Data da Publicação/Fonte: DJ 13.08.2001 p.00203**

**Ementa: PROCESSO PENAL – RECURSO ESPECIAL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ART. 619, DO CPP – CRIME DE GENOCÍDIO CONEXO COM OUTROS DELITOS – COMPETÊNCIA – JUSTIÇA FEDERAL – JUIZ SINGULAR – ETNIA - YANOMAMI - ART. 5º, XXXVIII, DA CF - TRIBUNAL DO JÚRI - MATÉRIA CONSTITUCIONAL – IMPOSSIBILIDADE DE CONHECIMENTO POR ESTA CORTE – CARÁTER INFRINGENTE – REJEIÇÃO.**

**1 - Tendo o aresto embargado abordado a matéria em sua plenitude ao fixar a competência do juiz singular federal para examinar o presente caso, porquanto o bem jurídico tutelado não é a vida do indivíduo considerado em si mesmo, mas sim a vida em comum do grupo de homens ou parte deste, mais precisamente, da etnia silvícola dos YANOMAMI, revestem-se de caráter infringentes os embargos interpostos, uma vez que pretendem reabrir os debates acerca da competência para o julgamento do crime de genocídio. Ademais, eventual violação ao art. 5º, XXXVIII, da Magna Carta somente pode ser apreciada pelo Pretório Excelso, por força constitucional, cabendo a esta Corte de Uniformização apenas o exame de questões infraconstitucionais.**

**2 - Por prerrogativa do dispositivo processual aventado, os Embargos de Declaração consubstanciam instrumento processual adequado para excluir do julgado qualquer obscuridade ou contradição ou, ainda, suprir omissão, cujo pronunciamento sobre a matéria se impunha ao Colegiado, não se adequando, todavia, para promover o seu efeito modificativo, no caso concreto, a apreciação de dispositivo constitucional. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade. Inteligência do art. 619 do Código de Processo Penal.**

**3 – Precedentes (EDREsp nºs 120.229/PE e 202.292/DF).**

**4 - Embargos conhecidos, porém, rejeitados.**

Outrossim, importante ressaltar que a Lei nº 8.072/90 (Lei dos Crimes Hediondos), alterada posteriormente pela Lei nº 8.930/94, passou a considerar hediondo o homicídio qualificado, tipificado no artigo 121, § 2º, I, II, III, IV e V, do Código Penal, assim como o crime de genocídio, previsto na Lei nº 2.889, de 1º-10-1956. O trata-

mento legal mais rigoroso não abrangia o homicídio qualificado e o genocídio capitulados no CPM.

O contexto reafirma que a modificação da competência consubstanciada no parágrafo único, do artigo 9º, do CPM, introduzido pelo artigo 1º da Lei nº 9.299/96, foi apriorista, uma resposta açodada do Governo Federal, pautada na repercussão de aspecto negativista, adotada em geral pela imprensa, na veiculação de casos emblemáticos, envolvendo a atuação de Policiais Militares, dentre os quais o do Carandiru, o de Vigário Geral, o da Candelária e o de Eldorado dos Carajás, acontecimentos cuja valoração até hoje geram profunda controvérsia dentre a própria população.

Críticas à parte, até o momento desconhece-se qualquer julgado dos Tribunais Superiores que expressamente tenha considerado inconstitucional o parágrafo único introduzido no artigo 9º do Código Penal Militar pela Lei nº 9.299/96, no tocante ao deslocamento para a Justiça Comum dos crimes dolosos contra a vida praticados por Policiais Militares e Bombeiros Militares contra civis.

No Estado de São Paulo, logo após a entrada em vigor da aludida norma, a Justiça Castrense Estadual, sejam as Auditorias Militares de 1ª Instância, seja o Tribunal de Justiça Militar, trataram de remeter para a Justiça Comum os inquéritos e os processos referentes aos crimes dolosos contra a vida, praticados por Policiais Militares contra civis.

Para tanto, prevaleceu o entendimento de que o novo dispositivo, ao determinar que os crimes dolosos contra a vida, praticados por militares contra civis, passassem para a competência da Justiça Comum, culminou por desqualificar a natureza militar de referidas infrações. Tais delitos deixaram de ser crimes militares, tornando-se crimes comuns, sendo que ao perderem tal atributo, foram suprimidos da Justiça Especializada.

Dessa maneira, considerando-se que a Justiça Militar, por mandamento constitucional, era a competente para processar e julgar os crimes militares, ao passo que crime militar é aquele definido em lei, como norma especial, seguindo o critério de “numeros clausus”, concluiu-se que a Lei Ordinária editada (Lei nº 9.299/96) teria retirado o atributo que assegurava a especialidade aos delitos mencionados, até porque os crimes militares se consideram como tais “ratione legis”.

Com isso, na esfera Estadual, os Policiais Militares processados por homicídio contra civis, passaram a ser julgados pela Justiça Comum, mais precisamente, o Tribunal do Júri.

Até então, na Justiça Castrense o primeiro grau de jurisdição estava a cargo do Conselho de Justiça, Permanente ou Especial. Tratava-se do Escabinato Julgador, consistente em órgão colegiado, integrado por um Juiz Togado Concursado, o Juiz-Auditor, e por quatro Juízes Leigos, quais sejam, quatro Militares, sorteados, cabendo ao oficial de maior patente a presidência, todos com voz e votos de igual valor.

Embora tidos como Juízes Leigos, na medida em que exerciam a jurisdição sem que fossem concursados, como se dava com o Juiz-Auditor, Magistrado Togado, de carreira, não há como se negar que os Oficiais, na condição de Juízes Militares, integrantes do Conselho de Justiça, detinham vasta noção dos ditames do ordenamento jurídico pátrio, pela própria formação que tiveram.



O senso de justiça, arraigado em qualquer ser humano, somado ao conhecimento jurídico dos Oficiais do Conselho de Justiça e à vivência dos mesmos no cotidiano das atividades desenvolvidas pelos Policiais Militares, acrescentando-se a efetiva participação do Juiz-Auditor, com direito de voto nos julgamentos, bem delineava os contornos da prestação jurisdicional naquele contexto.

A importância do Juiz Militar foi tratada em excelente Monografia de Ronaldo João Roth, Juiz-Auditor da Justiça Militar do Estado de São Paulo, trabalho este posteriormente publicado pela Editora Juarez de Oliveira. Segundo o autor, “o exame das peculiaridades da caserna e dos misteres enfrentados pelos militares encontram mais facilidade de compreensão quando realizados pelo próprio militar que, uma vez guindado ao exercício da judicatura militar, deverá – aplicando a lei penal militar, sob os cânones processuais penais militares – decidir no caso concreto, situação essa que, de modo contrário, pode trazer ao juiz togado certa dificuldade de apreciação fática, levando-o a aplicar a lei sem a mesma acuidade própria dos militares” (Ronaldo João Roth, *Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2003, p. 93).

Por isso que as decisões do Conselho de Justiça, longe do alegado corporativismo, anunciado pelos ortodoxos opositores da Justiça Castrense, bem atendem ao anseio de justiça. O jurisdicionado não enxerga no Conselho de Justiça um órgão colegiado que ali está para referendar desmandos ou arbitrariedades. Ciente está de que será julgado com isenção, tanto por um Magistrado Togado, técnico no direito, como por superiores, dotados de força moral e vivência na atividade policial-militar.

Apesar da falta da melhor técnica na redação das alterações introduzidas pela Lei nº 9.299/96 e de sua edição ter advindo de um controverso processo legislativo, no qual entidades de defesa dos direitos humanos pressionaram pela mudança operada, sob o equivocado argumento de que abusos cometidos por Policiais Militares se reiteravam, por estarem eles certos da impunidade, uma vez que seriam julgados por seus pares, tenho para comigo que devemos procurar o sentido positivo do deslocamento da competência para a Justiça Comum.

A Sociedade, em geral, pelo que se pôde constatar, aprovou a mudança. Talvez influenciada pela própria mídia que tendenciosamente colocava em xeque a isenção do julgamento de Policiais Militares pela Justiça Castrense, por alegado corporativismo, mormente nos emblemáticos casos já referidos.

Mas a meu ver, o aspecto relevante da alteração da competência, consistiu no fato de que o crime doloso contra a vida de maior incidência estatística, qual seja, o homicídio consumado ou tentado, cometido por Policial Militar contra civil, retirado da Justiça Especializada, passou a ser julgado pela tradicional instituição do Júri Popular.

Sem apologias, é incontroverso que o Poder Executivo e o Poder Legislativo, diversamente do que ocorre no Poder Judiciário – tido para os desinteressados e pouco esclarecidos como uma “caixa preta” – não contam com o funcionamento de um instituto de cunho tão democrático e participativo dos cidadãos, como é o Tribunal do Júri.

O Júri Popular é um secular exemplo de como as entranhas e o funcionamento do Poder Judiciário sempre estiveram a mostras para a Sociedade.

Perceba-se que para julgar os crimes dolosos contra a vida, dentre os quais o homicídio, rotineiro em nosso cotidiano, o Judiciário convoca os membros da Sociedade, para integrar o Poder Estatal. Crimes gravíssimos, alguns de repercussão nacional e até internacional, passam a ser julgados por cidadãos comuns do povo. O Jurado, representante do povo, durante a realização do julgamento, encarna na sua figura o próprio Poder Judiciário e passa a deter garantias e prerrogativas, atribuídas aos Juízes, para que assim firme, livremente, sem qualquer coação, sua convicção. Quando semelhante situação ocorre nos outros Poderes da República?

Não se olvide que a opinião pública e a imprensa muitas vezes censuram as decisões do Júri, mas ao fazê-lo, esquecem-se de que a jurisdição foi exercida da maneira mais democrática possível, ou seja, por intermédio de cidadãos retirados do seio da Sociedade.

Sucessivas Constituições da República, ao enumerarem os “Direitos e Garantias Individuais”, previram o Tribunal do Júri dentre as garantias essenciais do regime democrático.

Os que com ele menos simpatizam reconhecem que, achando-se consagrado como “garantia constitucional”, constitui-se o Júri num órgão judiciário que “a Constituição considerou fundamental para o direito de liberdade do cidadão” (José Frederico Marques, A instituição do Júri, v. I/53, n. 2, Saraiva, 1963).

Tornou-se direito inviolável do indivíduo ser julgado por seus pares, no Tribunal do Júri, competindo aos Jurados decidir sobre a existência material do crime e acerca da autoria delitiva imputada ao réu.

“Deve-se, portanto, convir que, mantido como salvaguarda do direito de liberdade dos cidadãos, é indispensável que se concorra para o devido aproveitamento de suas virtualidades, afim de que os julgamentos nele proferidos se aproximem da justiça que seria desejável” (Alberto Silva Franco. et. al. Código Penal e sua interpretação jurisprudencial. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 41).

E nos dizeres de Fernando da Costa Tourinho Filho, “é certo que, muitas vezes, as decisões do Júri deixam a desejar, mas, em compensação, quantas sentenças dos Juízes togados não são reformadas na superior instância, e quantos acórdãos não são corrigidos pelo Excelso Pretório! Tenham os Juízes togados e aqueles que combatem a instituição do Júri, como verdade, que o justo não é um valor suscetível de aplicação matemática... Não se duvida que os Juízes togados também tutelam a liberdade individual, mas a soberania leiga do tribunal popular parece tocar no sentimento do povo. Muitas vezes o legislador se divorcia da vontade popular e o tribunal leigo corrige as distorções. O Juiz togado confiscaria o punhal de Otelo, mas o Tribunal do Júri lho devolveria. A pobre mulher do operário, com três ou quatro filhos, que viesse a provocar aborto, não encontraria, talvez, a clemência desejada nas mãos do Juiz togado. Este, à semelhança do Magistrado que se mumifica na tessitura do texto, anatematizado por Anatole France, diria: nós somos Juízes e não legisladores ou filósofos ... Mas o tribunal popular a absolveria, respondendo: nós somos homens ... Nem sempre o legislador transfunde, na lei, o sentimento popular, mas o seu ponto de vista, suas concepções. Aos poucos, contudo, as reiteradas decisões do Júri convencem o legislador do seu desacerto” (Processo Penal. 11. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1989, p. 57/58).

Nessa conjuntura, ultima-se que, de certa maneira, foi positivo, transparente e democrático, deslocar para o Júri Popular a competência para julgar os Policiais Militares quando do cometimento de crimes dolosos contra a vida vitimando civis.

A modificação foi deveras considerável. Em apertada síntese, tem-se que o Tribunal do Júri é composto de um Juiz de Direito, que é seu presidente, e do Corpo de Jurados. À cada Sessão de Julgamento, 21 (vinte e um) Jurados, pessoas de notória idoneidade, são convocados. No mínimo 15 (quinze) devem estar presentes para que a Sessão seja instalada e cumpridos os requisitos legais, o Juiz de Direito Presidente faz o sorteio dos Jurados. Cada parte, primeiramente a Defesa, depois a Acusação, se manifesta a respeito de eventual recusa imotivada ao Jurado sorteado compor o Conselho de Sentença. Sorteados os sete cidadãos que passam a integrar, na condição de Jurados sorteados, o Conselho de Sentença, o mérito da causa é decidido exclusivamente por eles. Os Jurados, conforme compromisso de juramento que fazem, julgam a matéria de fato, por íntima convicção, de acordo com a própria consciência e os ditames da Justiça. O Juiz Togado que preside o julgamento não tem participação na decisão do “*meritum causae*”, limitando-se a regular o bom andamento da sessão, materializando ao final, em formal decisão, o veredicto do Conselho de Sentença.

O Código de Processo Penal, ao regular o rito processual da ação penal por crime da competência do Júri, escalona o procedimento em duas fases. A 1ª fase, consistente no “*judicium accusationis*”, se inicia com o oferecimento da denúncia e termina com o trânsito em julgado da sentença de pronúncia. A 2ª fase, o “*judicium causae*”, começa com o libelo-crime-acusatório e se encerra com a sentença do Juiz Presidente.

Resumidamente, o “*judicium accusationis*” compreende:

- recebimento da denúncia (art. 394)
- citação do acusado (art. 351 e ss.)
- interrogatório do réu (art. 396)
- defesa prévia (requerimentos e rol de até oito testemunhas) (art. 395 e 399)
- audiência das testemunhas de acusação até o número de oito (art. 396)
- audiência das testemunhas arroladas pela defesa (art. 396)
- alegações finais das partes (art. 406)
- conclusão ao Juiz para sentença – alternativas:
  - pronúncia (art. 408, caput e §§ 1º e 2º)
  - impronúncia (art. 409)
  - desclassificação (art. 408, § 4º)
  - absolvição sumária (art. 411)

Uma vez pronunciado e intimado o réu, transitando em julgado a sentença que determinou que fosse submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri, tem-se o “*judicium causae*”:

- oferecimento do libelo-crime-acusatório (art. 416 e 417)
- recebimento do libelo e oferecimento da contrariedade (art. 421)
- designação do julgamento e convocação do Júri – 21 jurados (art. 427 e ss.)
- instalação da sessão de julgamento se no mínimo 15 jurados estiverem presentes
- pregão e verificação da presença das partes

- recolhimento das testemunhas (art. 454)
- sorteio dos sete Jurados e tomada do compromisso (art. 464)
- interrogatório do réu (art. 465)
- relatório isento do Juiz Presidente (art. 466, caput)
- inquirição das testemunhas de acusação (art. 467)
- inquirição das testemunhas de defesa (fls. 468)
- debates – até duas horas para a Acusação e depois para a Defesa (art. 471 e ss.)
- réplica e tréplica – até trinta minutos para cada parte (arts. 473 e 474)
- término dos debates com a leitura e explicação dos quesitos (art. 478 e ss.)
- votação na sala secreta (art. 485)
- formalização da sentença pelo Juiz Presidente e leitura em plenário (art. 492)

Diversamente do que ocorre no Conselho de Justiça, o Policial Militar, na condição de réu, perante o Tribunal do Júri, será julgado por leigos, na estrita acepção do termo, cidadãos que na quase totalidade das vezes, não são versados no Direito e que não possuem vivência no cotidiano do desempenho da função policial.

Impertinente seria elencar as várias diferenças existentes entre o processo-crime que se desenvolve nos termos do Código de Processo Penal Militar – rito único – e aquele que é regulado pelo Código de Processo Penal – rito bifásico – para então querer eleger qual deles estaria a representar o melhor tipo de prestação jurisdicional. A premissa é a de que, tanto os integrantes do Conselho de Justiça, como os componentes do Conselho de Sentença, são cidadãos de bem, dotados de bom senso e interessados na realização da justiça. Por tais razões, não há como se concluir que para um Policial Militar, réu em um processo-crime, seria mais conveniente o julgamento perante o Conselho de Justiça do que o Tribunal do Júri, ou vice-versa. Cada caso é um caso, dotado de elementos e características únicas.

Um Policial Militar que matou um delinqüente durante uma ação policial, ao ser posteriormente julgado pelo Conselho de Justiça Militar, tanto poderia vir a ser absolvido como condenado. Tudo dependeria das circunstâncias que nortearam seu proceder e do contexto da prova, o que da mesma forma passou a ocorrer no Tribunal do Júri.

No entanto, não há como se negar as profundas diferenças entre ser julgado pela Justiça Castrense e pelo Júri Popular, sem que isto se traduza necessariamente em vantagens ou desvantagens ao jurisdicionado.

Neste particular, frise-se que o Jurado, na condição de juiz do fato, tem a liberdade de formar a sua convicção de acordo com a própria consciência e os ditames do que entende por Justiça, tanto é que o juramento de compromisso tomado dos Jurados pelo Juiz Presidente consiste, nos termos do artigo 464 do Código de Processo Penal, no seguinte: “Senhores Jurados, em nome da Lei, concito-vos a examinar com imparcialidade esta causa e a proferir a vossa decisão de acordo com a vossa consciência e os ditames da Justiça”.

O veredicto do Júri advém da resposta “sim” ou “não” a quesitos que lhes são apresentados pelo Juiz Presidente quando da votação na sala secreta. Nessa ocasião, cada jurado fica em poder de duas cédulas, feitas em papel opaco e facilmente dobráveis, contendo uma a palavra “sim” e a outra a palavra “não”, a fim de secretamente

serem recolhidos os votos (CPP, art. 485). Distribuídas as cédulas, o Juiz Presidente faz a leitura do quesito e o Oficial de Justiça recolhe em uma urna, consistente num saco preto de pano opaco, o voto válido que é contado pelo Magistrado. As cédulas não utilizadas e que permaneceram com os Jurados são descarregadas em outra urna para após serem devolvidas com aquelas já verificadas pelo Juiz.

Perceba-se que o Jurado vota de forma velada, pautado na sua íntima convicção, sem fundamentar o voto, mesmo porque sua decisão não é exteriorizada pela fala, mas sim, no ato de depositar em uma urna, a cédula com a inscrição “sim” ou “não”. Inclusive, o membro do Conselho de Sentença deve permanecer incomunicável. Lhe é vedado comunicar-se com outras pessoas, discutir a causa com seus pares e antecipar sua opinião sobre o processo, sob pena de quebrar o sigilo do voto, o que poderia influenciar a decisão dos demais Jurados. Cada qual deve decidir individualmente e externar isoladamente, no silencioso ato de votar, sua conclusão.

O Juiz Militar, diversamente do Jurado, não está sujeito à incomunicabilidade, e tem a fala para externar sua decisão, a qual, por consequência, deve ser motivada, sob pena de nulidade e afronta ao preceito do artigo 93, IX, da Constituição Federal.

Ronaldo João Roth, no estudo da questão, preleciona que “na composição mista do Juízo Castrense – juiz auditor (togado) ao lado dos juízes militares – o ordenamento jurídico não faz qualquer distinção quanto ao poder de decisão dos mesmos, tanto nas questões de fato como de direito, mas, ao contrário, ambos os juízes são Órgãos do Judiciário (art. 92 da CF) e tratados univocamente pelo CPPM (art. 36, § 1º). Portanto, indiscutivelmente, nas decisões proferidas por eles, singularmente ou coletivamente, há necessidade peremptória da motivação para alicerçá-las, sob pena de nulidade” (Ronaldo João Roth, *Temas de Direito Militar*. 1. ed. São Paulo: Suprema Cultura. 2004, p. 24).

Portanto, a par de se reconhecer a relevância da tradição secular e democrática do Tribunal do Júri, também há de se considerar a importância da Justiça Militar como jurisdição especializada, a tutelar o interesse das Instituições Militares. “A infração do dever militar por ninguém pode ser melhor apreciada do que por militares; eles, mais que os estranhos ao serviço das forças armadas, sabem compreender a gravidade da situação e as circunstâncias que podem modificá-la ... Sempre haverá uma Justiça Militar, pois o juiz singular, por mais competente que seja, não pode conhecer das idiosincrasias da carreira das armas, não estando pois em condições de ponderar a influência de determinados ilícitos na hierarquia e disciplina das Forças Armadas” (Carlos de Almeida Baptista. *A Justiça Militar da União, pelo seu novo Presidente*. Revista de Direito Militar, Florianópolis, 13. ed., set/out, 1998, p. 3/6).

Como asseverou João Barbalho, “apud” Carlos Mário da Silva Velloso, do Supremo Tribunal Federal (*Comentários a Constituição Federal de 1891*, p. 466/467, *apud* Carlos Mário da Silva Velloso, *Subsídios para a reforma do Poder Judiciário*, in *Revista de Jurisprudência Penal Militar*, TJM/RS, 1999, p. 297/302):

*“Para os crimes previstos pela lei militar, uma jurisdição especial deve existir, não como privilégio dos indivíduos que os praticaram, mas atenta à natureza desses crimes e à necessidade, a bem da disciplina, de uma repressão pronta e firme, com formas sumárias. Sem uma jurisdição própria, privativa, militar também, essa disciplina*

*seria impossível. Além disso, a infração do dever militar por ninguém pode ser melhor apreciada do que por militares; aliás, mais que os estranhos ao serviço das Forças Armadas, aqueles sabem compreender a gravidade da violação e as circunstâncias que podem modificá-la. E assim, o foro especial é uma condição de boa administração da Justiça, mas só para o crime que ele praticar como soldado. Os fatos praticados como cidadão caem sob a alçada da jurisdição comum”.*

Quanto a austeridade das decisões, “pode-se dizer que a tendência dos julgamentos na Justiça Castrense é de realmente serem tidos como rigorosos, uma vez que os julgadores são *militares superiores hierárquicos dos réus*, logo, o espectro de visualização daqueles se fará com base nos ensinamentos jurídicos e profissionais da caserna, sendo menos infensos à teatralização das partes ou “*à sedução da linguagem, como ocorre perante o julgamento do Tribunal do Júri*”, como bem esclareceu Levi Emanuel Magno (Aula sobre o tema para o Curso de Pós-Graduação de Direito Processual Penal, em 26.9.2001, das Faculdades Integradas de Guarulhos), quando examinou com profundidade o efeito da linguagem das Partes perante os jurados que se influenciam por ela, a ponto de isso ser decisivo para o voto dos mesmos. Muitas vezes, como afirmou ou referido professor, basta a ênfase retórica para outro fato paralelo e o jurado se desprende do fato em julgamento (principal), influenciando-se pelo outro fato apresentado de maneira sedutora pela Parte, quando da sustentação de sua tese, daí as decisões serem *menos* calcadas na lei e *mais* calcadas na expressão moral do grupo e da vontade popular” (Ronaldo João Roth, *Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2003, p. 113/114).

182

Por derradeiro, consigno que o presente trabalho, longe da pretensão de querer esgotar a matéria, procurou tão somente fazer considerações pontuais sobre alguns dos aspectos da Lei nº 9.299/96 e os desdobramentos do deslocamento da competência do julgamento dos Policiais Militares, acusados do cometimento crimes dolosos contra a vida, vitimando civis, perante o Tribunal do Júri, tudo no intuito de fazer com que possamos refletir a respeito das questões suscitadas, de modo a aperfeiçoarmos cada vez nossa compreensão.

Embora tenha entrado na rotina dos Tribunais do Júri, no Estado de São Paulo, o julgamento de Policiais Militares acusados da prática de homicídios contra civis, entendendo que a constitucionalidade do artigo 1º da Lei nº 9.299/96, o qual introduziu novo parágrafo único no artigo 9º do Código Penal Militar, é deveras discutível, mormente se a questão for analisada tecnicamente e não de maneira política.

**Waldir Calciolari,**  
**juiz de Direito da 1ª Vara do Júri da Comarca de São Paulo**

## BIBLIOGRAFIA

- BAPTISTA, Carlos de Almeida. *A Justiça Militar da União, pelo seu novo Presidente*. Revista de Direito Militar, Florianópolis, 13. ed., set/out, 1998, p. 3/6.
- BORGES PEREIRA, José Ruy. *Tribunal do Júri Crimes Dolosos contra a vida*. São Paulo: Saraiva. 1993.
- CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Lei n. 9.299/96*. Revista Direito Militar, Florianópolis, 3. ed, jan./ fev., 1997, p. 43/45.
- DELMANTO, Celso. *Código Penal Comentado*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1988.
- FRANCO, Alberto Silva. et. al. *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- JESUS, Damásio Evangelista de. *Código de Processo Penal Anotado*. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 1990.
- MARQUES, José Frederico Marques. *A Instituição do Júri*. v. I/53, n. 2. São Paulo: Saraiva. 1963.
- MARTINS, Gilberto Valente. *A necessidade de reforma organizacional da Justiça Militar*. Revista Direito Militar, Florianópolis, 2. ed, 1996, p. 39/43.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: Parte Geral (Arts. 1º a 120) conforme Lei n. 7.209, de 11/07/84*. 2. ed. São Paulo: Atlas, v. 1, 1986.
- ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional*. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 2003.
- \_\_\_\_\_. *Temas de Direito Militar*. 1. ed. São Paulo: Suprema Cultura. 2004.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa Tourinho Filho. *Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, v. 4, 1989, p. 57/58).
- VELLOSO, Carlos Mário da Silva. *Subsídios para a reforma do Poder Judiciário*. Revista de Jurisprudência Penal Militar, TJM/RS, 1999, p. 297/302.





**PORTE DE ARMA DE FOGO  
PARTICULAR POR  
MEMBROS DAS FORÇAS  
ARMADAS E POR POLICIAIS**

*Luiz Fernando Vaggione*



# PORTE DE ARMA DE FOGO PARTICULAR POR MEMBROS DAS FORÇAS ARMADAS E POR POLICIAIS

*Luiz Fernando Vaggione*

Temos acompanhado com interesse a discussão gerada pela redação do § 1.º do art. 6.º da Lei n. 10.826/2003, popularmente conhecida como “Estatuto do Desarmamento”. A Lei citada, no *caput* do art. 6.º, proibiu o porte de arma de fogo em todo o território nacional. Estabeleceu, no entanto, exceções no próprio *caput* e no § 1.º do mesmo artigo. Esse parágrafo dispõe que “as pessoas previstas nos incisos I, II, III, V e VI deste artigo terão direito de portar arma de fogo fornecida pela respectiva corporação ou instituição, mesmo fora de serviço, na forma do regulamento, aplicando-se nos casos de armas de fogo de propriedade particular os dispositivos do regulamento desta Lei”.

Inicialmente esclareça-se que o § 1.º do art. 6.º refere-se aos integrantes das Forças Armadas, da Polícia Federal, das Polícias Rodoviária e Ferroviária Federal, das Polícias Civil e Militar, dos Corpos de Bombeiros Militares, das Guardas Municipais das Capitais dos Estados e dos Municípios com mais de 500.000 habitantes, aos Agentes operacionais da Agência Brasileira de Inteligência, aos Agentes do Gabinete de Segurança Institucional da Presidência da República e aos Agentes de Segurança da Câmara Federal e do Senado Federal. Assim, o § 1.º do supracitado artigo cuidou de estabelecer uma prerrogativa para os integrantes das instituições que menciona: o porte de arma de fogo, mesmo fora de serviço, na forma do regulamento ainda não editado pelo Poder Executivo. Aliás, a regulamentação da Lei n. 10.826/2003 dependerá da conclusão dos trabalhos da Comissão Especial designada pela Portaria Interministerial n. 388, de 5 de fevereiro de 2004. Diante da ausência do regulamento da Lei n. 10.826/2003, algumas autoridades têm determinado e confirmado prisões em flagrante de policiais que foram surpreendidos portando arma de fogo particular, fora do horário de serviço. De fato, uma das interpretações do § 1.º do art. 6.º da Lei n. 10.826/2003 sustenta que estaria vedado o porte de arma de fogo particular para integrantes de instituições de segurança, porquanto ela necessitaria de regulamentação.

Com o intuito de contribuir para o estabelecimento do justo, parece-nos que a conclusão deve ser outra. A leitura do § 1.º do art. 6.º não deixa margem à dúvida: quer se trate de arma da corporação, quer se cuide de arma particular, está assegurado o porte fora do serviço, ainda que sobre ele disponha o regulamento a ser editado. Ora, a regulamentação, a qual em breve virá, não poderá contrariar a Lei n. 10.826/2003. Consoante lição de HELY LOPES MEIRELLES, o regulamento é ato administrativo que tem missão explicativa ou supletiva da lei, sendo perante ela naturalmente inferior. Por tal razão, continua o autor: “como ato inferior à lei, o regulamento não pode contrariá-la ou ir além do que ela permite. (...) Quando o regulamento visa a explicar a lei (regulamento de

execução), terá de se cingir ao que a lei contém (...)”<sup>1</sup>. Nesses termos, se a Lei permitiu a posse de arma de fogo particular fora do horário de serviço para as pessoas anteriormente mencionadas, o regulamento certamente trará as especificidades dessa prerrogativa, jamais ceifará um direito que a Lei citada lhes assegura. Aliás, esse porte funcional fora do serviço não é novidade e está vinculado ao caráter permanente das funções exercidas pelas instituições encarregadas da manutenção da ordem pública. Assim, até que a regulamentação da Lei n. 10.826/2003 ocorra, entendemos que deve ser assegurado ao policial o porte de sua arma de fogo particular, ainda que fora do horário de serviço, desde que devidamente registrada, por força da evidente situação de risco à qual estão expostos.

A interpretação que visa a proibir o porte de arma de fogo particular fora do horário de serviço, levada ao seu extremo, redundaria na proibição também do porte das armas fornecidas pelas corporações ou instituições de segurança porque, em ambos os casos, o porte está condicionado ao regulamento. Observe a redação: “as pessoas previstas nos incisos I, II, III, V e VI deste artigo terão direito de portar *arma de fogo fornecida pela respectiva corporação ou instituição, mesmo fora de serviço, na forma do regulamento*, aplicando-se nos casos de *armas de fogo de propriedade particular os dispositivos do regulamento desta Lei*” (grifos nossos).

Não fosse suficiente a argumentação acima exposta, lembramos que a Medida Provisória n. 174, de 18 de março de 2004, prorrogou a validade dos portes de arma de fogo já concedidos, posto que fixou o início da contagem do prazo de 90 dias a partir da publicação do regulamento (arts. 29, 30 e 32 da Lei n. 10.826/2003). Assim, se até mesmo o cidadão comum teve o seu direito assegurado em função da inexistência do regulamento da Lei n. 10.826/2003, porque não reconhecê-lo aos nossos policiais.

Finalmente, a tese de que a Lei n. 10.826/2003 visa ao desarmamento da população não deve expor os órgãos de segurança do Estado, cujos integrantes têm o dever ininterrupto de assegurar a paz pública. Para tanto, sempre lhes foi concedido o direito de permanecerem armados, inclusive fora do serviço, respondendo pelos abusos que eventualmente possam ser praticados. É certo que falta o tão aguardado regulamento, mas até lá que se garanta a vida daqueles que têm o dever funcional de proteger a sociedade. Como existem inúmeros criminosos ainda a desarmar, será que não seria razoável começar por eles?

**Luiz Fernando Vaggione,**

***promotor de Justiça e professor de Legislação Penal Especial  
e Prática de Processo Penal do Complexo Jurídico Damásio de Jesus***

<sup>1</sup> *Direito Administrativo brasileiro*. 6.ª ed. São Paulo: RT, 1978. p. 150.

**TEORIA GERAL DO ILÍCITO  
DISCIPLINAR MILITAR:  
UM ENSAIO ANALÍTICO**

***Cícero Robson Coimbra Neves***



# TEORIA GERAL DO ILÍCITO DISCIPLINAR MILITAR: UM ENSAIO ANALÍTICO

*Cícero Robson Coimbra Neves*

**SUMÁRIO:** 1. Introdução - 2. Poder Disciplinar e Limitação do Estudo - 3. Teoria Geral do Delito: Conceito Analítico de Crime - 3.1. O Fato Típico - 3.2. A Antijuridicidade ou Ilicitude - 3.3. A Culpabilidade - 4. Conceito Analítico de Transgressão Disciplinar - 4.1. Fato Típico Disciplinar Militar - 4.2. Antijuridicidade da Transgressão Disciplinar Militar - 4.3. Culpabilidade no Direito Administrativo Disciplinar - 5. "Teoria Tripartite da Transgressão Disciplinar" - 6. Conclusão.

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito Administrativo vive atualmente interessante fenômeno, caracterizado por uma tendência natural de aproximação entre sua singular faceta afeta ao exercício do Poder Disciplinar e o Direito Penal.

Curioso observar que na doutrina, particularmente nesse propósito, há aqueles para quem esse processo passa despercebido, ignorando, por exemplo, que o exercício do *jus puniendi* em matéria administrativa, particularmente sobre o servidor público, exige reflexão própria, fazendo jus à elaboração de uma vertente específica, caracterizada por postulados e princípios direcionados, de forma concatenada, à legitimação desse exercício.

Por outro lado, felizmente, há aqueles que, desde há algum tempo, verificaram no "ato de punir" particularidades tais que justificariam até mesmo a subdivisão em ramo próprio, condensando, pois, um sistema enunciativo e, por conseqüência, interpretativo do Direito Disciplinar.

No caminho dos mais perspicazes, por conseqüência mais arrojados, citem-se as lições de Egberto Maia Luz que, a começar pelo título de uma de suas obras<sup>1</sup>, nitidamente postula a diferenciação entre "Direito Disciplinar" e Direito Administrativo<sup>2</sup>. Na construção do ilustre doutrinador, encontrar-se-á, por exemplo, a exaltação da proximidade do direito de punir da Administração com o Direito Penal e, conseqüentemente, do Direito Processual Administrativo com o Direito Processual Penal, sem no entanto fugir

<sup>1</sup> *Direito Administrativo Disciplinar*. São Paulo: Edipro, 2002.

<sup>2</sup> "O Direito Administrativo Disciplinar está, portanto, com objeto próprio, com normas específicas, com campo delimitado, porém, não distante da sistemática da Administração Pública, que, embora não o deferindo ao Poder Judiciário, consagra-lhe normas e princípios que este adota, quer algumas de natureza civil e muitas e muitas outras de natureza penal e processual penal." Ob. cit. p. 62.

o Direito Administrativo Disciplinar do espectro da Administração Pública, o que por si só, ressalte-se, dá singularidade ao objeto estudado.<sup>3</sup>

Registre-se ainda notória vertente, fulcrada principalmente no Direito Espanhol, a condensar em título próprio os postulados e fundamentos de um “Direito Administrativo Sancionador”, do qual o Direito Disciplinar seria uma espécie. Nesse sentido, tome-se valorosa obra de Fábio Medina Osório<sup>4</sup>, que arrebanha fundamental gama de princípios a serem observados quando da efetivação de uma punição administrativa (genericamente falando), além de, com precisão invejável, explorar os fundamentos e características das sanções administrativas.

Por fim, há que se registrar que alguns elementos integrantes da infração disciplinar já foram e são explorados doutrinariamente por outros não menos ilustres, como Edmir Netto que se preocupou, *in exemplis*, com a culpabilidade, ao discorrer sobre as excludentes de responsabilidade no ilícito administrativo, demonstrando particularmente que a incidência em erro de direito impossibilita a responsabilização do servidor público<sup>5</sup>.

Em que pesem as valorosas contribuições, todavia, sente-se falta de uma sistematização mais didática, a propiciar a elaboração, conforme ocorre com o Direito Penal, de uma “teoria geral do ilícito administrativo”, inserida na qual estaria o conceito analítico de transgressão disciplinar.

Note-se que a formulação de uma teoria dessa ordem seria de fundamental importância não só para a atual e necessária persecução da transgressão disciplinar, mas também para subsidiar a formulação de novos regulamentos e estatutos disciplinares, possibilitando, ao menos, a unicidade de fundamentos acerca dos ilícitos dessa natureza.

É, pois, com o propósito de fomentar tal elaboração que se seguirá o raciocínio exposto, concentrando-se em aspectos fundamentais dessa pretensa teoria, buscando adaptá-la ao “imberbe” Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo, bem como buscando, *en passant*, similitudes aplicáveis a outros diplomas disciplinares.

## 2. PODER DISCIPLINAR E LIMITAÇÃO DO ESTUDO

Ensina Di Pietro que o poder disciplinar “**é o que cabe à Administração Pública para apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa**”, citando, como exemplo destas, as pessoas que com a Administração contratam, ficando, pois, sujeitas à interferência ou ao exercício do poder disciplinar. Prossegue a cara Professora, indicando que as de-

<sup>3</sup> “De nossos estudos e de certa experiência adquirida na fruição das atividades administrativas disciplinares, firmamos convicção de que a corrente penalista é a que está com a melhor doutrina, eis que se o Direito administrativo disciplinar possui mesmo alguma afinidade, esta define-se perfeitamente com a identidade do direito de punir e este somente se encontra em duas esferas: na criminal e na administrativa.” Ob. cit. p. 74.

<sup>4</sup> *Direito Administrativo Sancionador*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

<sup>5</sup> ARAÚJO, Edmir Netto. *O Ilícito Administrativo e Seu Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994. p. 236.



mais sanções impostas pela Administração, não resultantes de uma sujeição à disciplina interna da Administração, fundam-se no poder de polícia e não no poder disciplinar<sup>6</sup>.

Dessa forma, a Administração Pública sanciona os cidadãos calcada em dois poderes fundamentais e necessários à sua existência: o poder de polícia e o poder disciplinar. Este, por sua vez, se subdivide alcançando os servidores públicos ou os particulares que se sujeitam à disciplina imposta pela Administração Pública.

São exemplos da primeira espécie de sanção administrativa imposta pela Administração<sup>7</sup>, as sanções decorrentes de infrações de trânsito.

Na segunda espécie tem-se, em primeiro lugar, aquelas punições disciplinares possíveis de aplicação ao servidor público, particularmente no caso dos militares do Estado de São Paulo, a advertência, a repreensão, a permanência disciplinar, a detenção, a reforma administrativa disciplinar, a demissão, a expulsão e, finalmente, a proibição do uso de uniforme para inativos<sup>8</sup>. Pode-se citar como exemplo da segunda modalidade, a sanção decorrente da infringência contratual de uma empresa que pactue o fornecimento de gêneros com a Administração, conforme preceitua a Lei de Licitações e Contratos Administrativos<sup>9</sup>, ou ainda, como primorosamente aponta Odete Medauar, as sanções impostas a alunos de escolas públicas.<sup>10</sup>

Uma vez brevemente explanado o poder disciplinar, cumpre identificar o campo específico de incidência do presente raciocínio, com o escopo primeiro de impedir a alçada de vãos muito pretensiosos, que importariam em uma obscuridade irresponsável e prejudicial. Ater-se-á especificamente ao estudo do ilícito disciplinar decorrente de infração funcional, restrita apenas ao militar do Estado, o que, por óbvio não impedirá breves comparações a outros diplomas disciplinares, porém sempre restritas ao servidor público.

### 3. TEORIA GERAL DO DELITO: CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME

Longe de querer abordar em minúcias o assunto, apenas lembrar-se-ão alguns aspectos interessantes ao desenvolvimento do tema, pois, tomando-se por premissa que a proximidade do Direito Administrativo Disciplinar com o Direito Penal é inequívoca, será a estrutura do delito o ponto de partida para um estudo estrutural criterioso da infração disciplinar.

Afora os debates doutrinários e para que não haja demasiada construção histórica, pode-se postular que na atualidade debruçam-se os doutrinadores sobre duas correntes acerca da estrutura do crime, a saber, a teoria bipartida e a teoria tripartida.

<sup>6</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 91.

<sup>7</sup> Fábio Medina Osório postula em sua obra, mais precisamente em nota apostada à p. 64, que a natureza administrativa de uma sanção não está afeta à autoridade que a impõe, podendo existir, pois, sanções administrativas impostas pelo Poder Judiciário, a exemplo daquelas sanções de cunho administrativo trazidas pela Lei 8429/92, que definiu os atos de improbidade administrativa. Por essa razão, preferiu-se aqui dizer "sanção administrativa imposta pela Administração", reduzindo-se, pois, o objeto estudado.

<sup>8</sup> Vide art. 14 da Lei Complementar Estadual 893, de 09 de março de 2001.

<sup>9</sup> Vide art. 86 e 87 da Lei 8.666, de 21 de junho de 1993.

<sup>10</sup> *Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: revista dos Tribunais, 2001. p. 138.

Para os adeptos da primeira, crime constitui-se em fato típico e antijurídico, sendo a culpabilidade pressuposto de aplicação de pena. Já para os opositores, a culpabilidade integra o conceito de crime, valendo dizer que sem ela não haverá ilícito penal.

De se notar que não se mencionou “causalismo” ou “finalismo”, o que pode causar estranheza ao desavisado, vez que ainda hoje é comum a confusão em que se entende finalismo como sinônimo de teoria bipartida, o que de fato não se verifica. Para ilustrar, convém citar preciosa construção de Cezar Roberto Bitencourt, que ao discorrer sobre o conceito de delito no Finalismo, assim aduz:

**“... Essa nova estrutura sustentada pelo finalismo trouxe inúmeras conseqüências, dentre as quais pode-se destacar: a distinção entre tipos dolosos e culposos, dolo e culpa não mais como elementos ou formas de culpabilidade, mas como integrantes da ação do injusto pessoal, além da criação de uma culpabilidade puramente normativa. Welzel deixou claro que, para ele, o crime só estará completo com a presença da *culpabilidade*. Dessa forma, para o finalismo, crime continua sendo a *ação típica, antijurídica e culpável*...”**<sup>11</sup>

Pondo de lado a acadêmica discussão sob qual conceito mais se afeiçoa ao delito, exige-se, para atender ao objetivo aqui proposto, que sejam os elementos, ou requisitos genéricos<sup>12</sup>, conceituados.

### 3.1. O Fato Típico

Diz-se ser um fato típico (ação típica) aquele que encontra perfeita adaptação a uma vontade criminalizadora abstrata do legislador, que somente pode surgir por um instrumento normativo originário (primário) específico, em obediência ao princípio da reserva legal.

Ao escolher a conduta a ser criminalizada, o legislador, imbuído de uma política criminal em maior ou em menor grau intervencionista, materializa sua escolha pela lei, dispondo abstratamente a conduta a ser reprimida, parindo, dessa forma, o tipo penal.

O tipo penal, por sua vez, deve seguir critérios específicos – além daqueles impostos por política criminal, cujos extremos são o abolicionismo e os movimentos de lei e ordem – os quais devem conduzir a redação para um enunciado claro e objetivo. Seria ideal, portanto, que todo tipo penal fosse dotado de elementos objetivos (descritivos), ou seja, itens criminalizadores perceptíveis aos sentidos, sem que houvesse necessidade de exploração maior (**tipos normais**).

Em realidade, entretanto, o tipo penal é bem mais prolixo, congregando muitas vezes elementos de ordem psíquica, que revelam o ânimo do agente – denominados subjetivos, que podem estar ou não explícitos no tipo escrito – e elementos de extrema complexidade, dos quais somente haverá compreensão após detida análise, um juízo de valor. São os denominados **tipos anormais**.

<sup>11</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto e CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 21.

<sup>12</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Atlas, 2003. p. 99.

Dessa forma, é possível sustentar que há um tipo penal objetivo (elementos descritivos e normativos) e um tipo penal subjetivo (elementos subjetivos, mormente o dolo – elemento subjetivo genérico do injusto – e o dolo específico – elemento subjetivo específico do injusto).

Pois bem, havendo perfeita subsunção do fato material ao tipo objetivo e ao tipo subjetivo, teremos um fato típico nas mãos, fato típico este que, nas lições do saudoso Mirabete, pode ser subdividido, para uma melhor análise, em conduta (ação ou omissão – dotada de dolo ou culpa por imposição da teoria finalista da ação), resultado (principalmente nos crimes materiais), relação de causalidade e tipicidade – entendida como previsão da conduta na lei penal criminalizadora.<sup>13</sup>

Em resumo, para não atingir a exaustão, diz-se haver um fato típico quando o fato humano *sub examine* preenche os elementos previstos no tipo penal, elementos esses de ordem descritiva, normativa e subjetiva. A essa adequação dá-se o nome de tipicidade, porém não aquela prevista como elemento do fato típico, mas como adjetivo de um fato humano que preencheu todos os elementos da descrição legal – uma qualidade do fato criminoso.

Pode-se sustentar, destarte, que o termo tipicidade tem duas conotações. Uma em sentido estrito – a simples previsão da norma abstrata, proibindo sob o risco de sanção penal uma conduta indesejada – e outra em sentido amplo – característica de um ato humano que encontrou subsunção plena na norma (o fato típico com todos os seus elementos constitutivos).

### 3.2. A Antijuridicidade ou Ilcitude

Em linhas gerais a antijuridicidade resume-se na contrariedade ao ordenamento jurídico como um todo, ou seja, a tipicidade – entendida aqui como adjetivo do fato criminoso, e não como um dos elementos do fato típico – é apenas um prenúncio de antijuridicidade (*ratio cognoscendi*), o que permite entender que um fato pode ser típico e, ao mesmo tempo, jurídico, não sendo, portanto, crime.

Lapidar a lição de Juarez Cirino, ao discorrer sobre a antijuridicidade, que aduz:

**“O conceito de antijuridicidade é o oposto ao de juridicidade: assim como juridicidade indica conformidade ao direito, antijuridicidade indica contradição ao direito. A antijuridicidade é uma contradição entre a ação humana e o ordenamento jurídico no conjunto de suas proibições e permissões: as proibições são os tipos penais, como descrições de ações proibidas; as permissões são as causas de justificação, como situações especiais que excluem a proibição.”<sup>14</sup>**

<sup>13</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Ob. Cit. p. 101.

<sup>14</sup> SANTOS, Juarez Cirino dos. *A Moderna Teoria do Fato Punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002. p. 127.

Nota-se, então, que o indício de antijuridicidade trazido pela tipicidade pode ser aniquilado por uma conformidade da conduta com o ordenamento jurídico como um todo, donde surgem as causas que excluem a antijuridicidade, sejam elas legais – como a legítima defesa, o exercício regular de um direito, o aborto terapêutico, etc – ou até mesmo supralegais – como o consentimento do ofendido, em se tratando de bens jurídico-penais disponíveis (e.g. lesão corporal causada por cirurgião plástico com fins estéticos).

Cumpra esclarecer que a abordagem acima é a que melhor tem aceitação, existindo outras vertentes, no entanto, sustentadas por insígnis doutrinadores, que entendem o binômio tipicidade-antijuridicidade de forma diversa, como no caso da **teoria dos elementos negativos** – segundo a qual as excludentes de antijuridicidade integram o tipo penal<sup>15</sup> – e da **tipicidade penal** de Zaffaroni e Pierangeli<sup>16</sup>, que é integrada pela **tipicidade legal**, entendida como individualização da conduta feita pela lei mediante o conjunto de elementos descritivos e valorativos, e pela **tipicidade conglobante**, traduzida pela comprovação de que a conduta legalmente típica está também proibida pelo ordenamento jurídico como um todo.

### 3.3. A Culpabilidade

Ponto intrigante da exposição diz respeito à culpabilidade.

*Ab initio*, temos a divergência sobre sua inclusão ou não no conceito analítico de delito. Transcende a esse aspecto, porém, sua natureza de acalorar discussões acadêmicas, o que é muito bem representado pelas abordagens da maioria penal (afeta à imputabilidade), a absorção da doutrina pátria da teoria *actio libera in causa* (discussão afeta à consciência da ilicitude) etc.

Pede-se vênia, no entanto, para ficar à margem de polêmicas e buscar apenas os aspectos interessantes ao objetivo do presente raciocínio.

Francisco de Assis Toledo – nitidamente posicionando-se em favor da teoria tripartite, ressalte-se – sustenta que a palavra culpa (em sentido amplo) é de uso muito corrente e apresentando-se, freqüentemente, como sinônimo de culpabilidade, um dos elementos estruturais do crime.<sup>17</sup>

Acrescenta Bitencourt que é possível, em Direito Penal, enumerar três acepções (conotações, compreensões etc) para o vocábulo culpabilidade. Assim, sobejamente, esclarece:

**“Em primeiro lugar, a culpabilidade – como fundamento da pena – refere-se ao fato de ser possível ou não a aplicação de uma pena ao autor de um fato típico e antijurídico, isto é, proibido**

<sup>15</sup> Baseado na bipartição de Wilhelm Sauer, Miguel Reale Júnior desfruta dessa posição, sacramentando, em suma, após responder à indagação proposta – “**Toda ação típica é antijurídica?**” – que ao ocorrer uma causa de justificação não há adequação típica (*Teoria do Delito*. São Paulo:RT, 2000. p 56).

<sup>16</sup> ZAFFARONI, Eugênio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – Parte Geral*. São Paulo: RT, 2002. p. 457-9.

<sup>17</sup> *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 216.

pela lei penal. Para isso, exige-se a presença de uma série de requisitos – *capacidade de culpabilidade, consciência da ilicitude e exigibilidade da conduta* – que constituem os elementos positivos específicos do conceito dogmático de culpabilidade. A ausência de qualquer desses elementos é suficiente para impedir a aplicação de uma sanção penal.

Em segundo lugar, a culpabilidade – como *elemento da determinação* ou medição da pena. Nessa acepção, a culpabilidade funciona não como fundamento da pena, mas como *limite* desta, impedindo que a pena seja imposta a quem ou além da medida prevista pela própria idéia de culpabilidade, aliada, é claro, a outros critérios, como importância do bem jurídico, fins preventivos etc.

E, finalmente, em terceiro lugar, a culpabilidade – como conceito contrário à responsabilidade objetiva. Nessa acepção, o princípio de culpabilidade impede a atribuição de responsabilidade objetiva. Ninguém responderá por um resultado absolutamente imprevisível, se não houver obrado com dolo e culpa.

Resumindo, pelo princípio em exame, não há pena sem culpabilidade...”<sup>18</sup>

Obviamente, na teoria do delito não se pode entender a culpabilidade nas três acepções, mas apenas na primeira delas, ou seja, a noção de culpabilidade a integrar a estrutura do crime restringe-se à exigência de que sejam preenchidos os seus elementos positivos que, sob o enfoque da teoria normativa pura, traduzem-se pela capacidade de culpabilidade (imputabilidade), potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Em resumo, costuma-se consignar que a culpabilidade integrante do delito caracteriza-se pela “reprovabilidade da conduta típica e antijurídica.”<sup>19</sup>

Em vertente atual da dogmática, entretanto, a culpabilidade transcende a estrutura analítica do crime, funcionando não só como complemento do conceito tripartido, mas como verdadeiro princípio limitador do *jus puniendi*. Volta-se, dessa forma, à tríplice conotação exposta por Cezar Roberto Bitencourt.

O **princípio da culpabilidade** permite, destarte, o ingresso no conceito de reprovabilidade do fato a condicionar a aplicação de pena, valendo dizer que somente merece reprimenda a conduta negada, “condenada” pelo meio social em que se encontra o autor do fato. Mais ainda, opera como limitador do exercício do direito de punir do Estado, afastando por completo a imposição de sanção somente pela produção de um resultado, desprovida a conduta de dolo ou culpa, e condicionando a sanção a uma ofensa, devendo haver uma proporcionalidade entre ambas.

<sup>18</sup> Ob. cit. p. 302-3.

<sup>19</sup> MIRABETE, Julio Fabbrini. Ob. cit. p. 196.

Evidencia-se, então, o **Direito Penal da Culpa**. A máxima *nullum crimen sine culpa* é somada à de que *nulla poena sine culpa*, dando à culpabilidade a condição de **“fundamento último e também medida da responsabilidade penal.”**<sup>20</sup>

#### 4. CONCEITO ANALÍTICO DE TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR

Chega-se agora em momento crucial para o desenvolvimento do raciocínio. Em suma, cumpre averiguar se é possível, não com toda a precisão do Direito Penal, mas com um mínimo de clareza, a elaboração de um conceito estrutural do ilícito administrativo disciplinar ou, mais restritamente, de um ilícito administrativo disciplinar militar.

##### 4.1. Fato Típico Disciplinar Militar

Fazendo um paralelo com a teoria geral do delito, acima esboçada, o primeiro raciocínio deverá ser acerca da tipicidade – entendida aqui como um dos elementos do fato típico – e, já no primeiro passo, ter-se-ia obstáculo considerável a ser vencido.

De modo geral, postula a doutrina não viger, em matéria disciplinar, o princípio da tipicidade, mas seu oposto, ou seja, o princípio da atipicidade. Nesse sentido, note-se o que aduz Di Pietro:

**“Ao contrário do Direito Penal, em que a tipicidade é um dos princípios fundamentais, decorrente do postulado segundo o qual não há crime sem lei que o preveja (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), no direito administrativo prevalece a atipicidade; são muito poucas as infrações descritas na lei como ocorre com o abandono de cargo. A maior parte delas fica sujeita à discricionariedade administrativa diante de cada caso concreto; é a autoridade julgadora que vai enquadrar o ilícito como ‘falta grave’, ‘procedimento irregular’, ‘ineficiência do serviço’, ‘incontinência pública’, ou outras infrações previstas de modo indefinido na legislação estatutária. Para esse fim, deve ser levada em consideração a gravidade do ilícito e as conseqüências para o serviço público.”**<sup>21</sup>

Sem embargo, o fato transgressional é de difícil concepção de modo que seria impossível a capitulação de todos os possíveis ilícitos disciplinares. Ingressaria o legislador<sup>22</sup> em uma cruzada invencível, ainda mais se entender que a subsidiariedade

<sup>20</sup> TEOTÔNIO, Luis Augusto Freire. *Culpabilidade – Concepções e Modernas Tendências Internacionais e Nacionais*. Campinas: Minelli, 2002. p. 21.

<sup>21</sup> Ob. cit. p. 515.

<sup>22</sup> Deve-se lembrar que a transgressão disciplinar militar, pelo comando dado pelo inciso LXI, do art. 5º, da Constituição Federal, somente pode surgir por lei, não mais por Decreto do Chefe do Poder Executivo. Obviamente, pela teoria da recepção, os diplomas disciplinares anteriores à nova ordem constitucional, se não eram fruto de lei, como tal foram recepcionados naquilo que não confrontou a Lei Maior, sob o aspecto material. A esse respeito, vide primordial raciocínio exposto por José Eduardo de Souza Pimentel, em artigo intitulado *Regulamento Disciplinar não Pode ser Alterado por Decreto*, in Revista Direito Militar nº 7 – setembro/outubro de 1997.

e a fragmentariedade devem ficar adstritas ao Direito Penal e não alcançar outros ramos do Direito.

Por outro lado, entretanto, não pode ficar o servidor totalmente ao arbítrio da autoridade disciplinar que, de acordo com seu estado de humor, decidirá o que é e o que deixa de ser infração funcional.

Dessa forma, *data maxima venia*, ousa-se discordar daqueles que postulam a atipicidade em Direito Administrativo Disciplinar, sendo mais apropriado sustentar que vige nesse “ramo” do Direito – especialmente em Direito Administrativo Disciplinar Militar – a tipicidade moderada, ou “tipicidade mitigada”, como será doravante referida.

Basta que se analise o texto dos regulamentos disciplinares das forças militares para que se note que a atipicidade não se afigura como princípio geral aplicável a todas as espécies de ilícito disciplinar.

Em Pernambuco, por exemplo, o Código Disciplinar dos Militares do Estado<sup>23</sup> é organizado em parte geral e parte especial. Ao definir especificamente as transgressões disciplinares, foi feliz o legislador daquela Unidade da Federação ao expor, com clareza e concisão, os elementos caracterizadores de cada ilícito disciplinar, como dispõe, *in exemplis*, o artigo 80, que consigna como transgressão disciplinar o fato de o militar **“dar conhecimento de fatos, documentos ou assuntos militares, a quem deles não deva ter conhecimento e não tenha atribuições para neles intervir”**.

Obviamente, há válvula para que outras condutas sejam reprimidas sem que estejam capituladas na parte especial<sup>24</sup>, todavia essa exceção não afasta a tipicidade, mas somente postula em favor de um abrandamento, uma mitigação desse princípio na esfera de Direito tratada.

O cenário jurídico não é diferente em outros Estados, ou mesmo nas Forças Armadas, sempre havendo transgressões disciplinares especialmente delineadas, com maior ou menor espectro de incidência.

Diriam alguns, em conclusão, que o princípio da atipicidade aplicar-se-ia somente ao servidor público civil, vez que os militares, até mesmo pela rigidez de seu regime jurídico, possuem restrições *sui generis* que devem ser bem delineadas, daí a necessidade de uma tipicidade mitigada.

Não é o que se verifica na contemporaneidade. Há atualmente uma clara tendência na elaboração dos diplomas disciplinares, em âmbito do serviço público civil, de se garantir um mínimo aceitável em definição transgressional, como ocorre com a lei que dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos da União<sup>25</sup> que, se não traz em seu bojo faltas disciplinares em espécie, consigna, no mínimo, os deveres e proibições<sup>26</sup> afetas a essa categoria de servidores, significando que somente haverá falta funcional com a afronta desses postulados.

<sup>23</sup> Lei Estadual 11.817, de 24 de julho de 2000.

<sup>24</sup> Vide artigo 13 do Código Disciplinar dos Militares do Estado de Pernambuco.

<sup>25</sup> Lei Federal 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

<sup>26</sup> Artigos 116 e 117 da referida lei.

Tal tendência, ressalte-se, deve ser não só acolhida com bons olhos, mas exigida, porquanto vai ao encontro da segurança jurídica, inarredável princípio no Estado Democrático de Direito.

Por derradeiro, cumpre sustentar que, se aqui se busca uma similitude com o fato típico penal, todos os elementos que o integram devem ser analisados. Em outras palavras, deve haver no tipo transgressional, ainda que de forma genérica, a conduta descrita com seu elemento subjetivo (um tipo disciplinar subjetivo) sem o qual não haverá que se falar em tipo transgressional.

Como suscitado acima, a teoria finalista da ação deslocou a análise do elemento subjetivo para a conduta, um dos elementos do fato típico. Significa dizer que para que uma conduta seja digna de avaliação penal, deve ser direcionada na intenção de produzir o resultado (dolo) ou, no mínimo, deve ser dotada de um descuro tal que leve ao desvalor da ação (culpa). Neste ponto, a avaliação de dolo e de culpa na conduta chegam mesmo a tangenciar a avaliação de culpabilidade – principalmente na terceira acepção trazida por Bitencourt, acima transcrita, em que culpabilidade é entendida como limite à responsabilidade penal objetiva – o que somente faz valer a máxima de que o delito, apesar de suas cisões didáticas, é fato único, representado pelo termo alemão *Tatbestand*<sup>27</sup>.

Pois bem, no caso do ilícito disciplinar, a conduta também deve ser provida de tal elemento subjetivo, sob pena de indesejável responsabilização objetiva. A esta discussão serão somados argumentos abaixo, quando se tratar da culpabilidade.

Obviamente, também há necessidade de que haja um resultado, se assim exigir a norma disciplinar. Há casos, porém, em que a transgressão disciplinar abre mão de um resultado naturalístico, aproximando-se, pois, de um delito formal. Sempre haverá, entretanto, um resultado jurídico a ser apurado, imputável a alguém por inequívoco liame causal.

Presentes esses elementos – conduta, resultado, nexos causal e tipicidade mitigada – surge o fato típico disciplinar.

## 4.2. Antijuridicidade da Transgressão Disciplinar Militar

Ter-se-ia em segundo momento uma análise da antijuridicidade, entendida como a contrariedade da ação com o ordenamento jurídico, interferindo nesse juízo as causas excludentes de antijuridicidade que podem abranger circunstâncias legais e supralegais, tornando um fato, *prima facie* tido por ilícito, “autorizado” pelo ordenamento jurídico.

Em sede disciplinar, basta dizer que os regulamentos militares consagram as causas que excluem a antijuridicidade, em regra, sob o título “causas de justificação” ou “causas justificantes”. Não obstante consignem alguns diplomas que, em se verificando tais causas, não haverá pena ou “não haverá aplicação de sanção disciplinar”, não identificando exatamente o campo de incidência, são tais circunstâncias verdadeiras excludentes de ilicitude do fato transgressional, não se podendo falar em ilícito disciplinar quando forem evidenciadas.

<sup>27</sup> “Em fins do século XVIII, a doutrina alemã cunhou a expressão *Tatbestand*, equivalente à latina *corpus delicti*, concebendo o delito com todos os seus elementos e pressupostos de punibilidade.” BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 192.



Tome-se por base o que prevê o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo<sup>28</sup>, que em seu art. 34 consigna:

**“Artigo 34 - Não haverá aplicação de sanção disciplinar quando for reconhecida qualquer das seguintes causas de justificação:**  
**I - motivo de força maior ou caso fortuito, plenamente comprovados;**  
**II - benefício do serviço, da preservação da ordem pública ou do interesse público;**  
**III - legítima defesa própria ou de outrem;**  
**IV - obediência a ordem superior, desde que a ordem recebida não seja manifestamente ilegal;**  
**V - uso de força para compelir o subordinado a cumprir rigorosamente o seu dever, no caso de perigo, necessidade urgente, calamidade pública ou manutenção da ordem e da disciplina.”**

Como se verifica, o diploma em questão enumera como circunstâncias que obstam a sanção disciplinar, uma causa reconhecidamente excludente de antijuridicidade em Direito Penal (a legítima defesa) e outra tida como excludente ou mitigadora de culpabilidade (a obediência hierárquica). Deve-se ressaltar que embora o diploma mencione a não aplicação de pena, o artigo foi concebido sob a rubrica **“causas de justificação”**, o que transmuda a excludente de culpabilidade em excludente de antijuridicidade ou de ilicitude disciplinar. Essa abordagem deve ser a mesma em todo e qualquer diploma disciplinar, porquanto o que é lícito ou ilícito cabe ao legislador decidir e, como no caso analisado, se ele preferiu enumerar como causa excludente de ilicitude, clássicas excludentes ou mitigadoras de culpabilidade, que assim seja.

Todavia, surge ainda a necessidade de se considerar ou não a possibilidade de causa supralegal a excluir a ilicitude disciplinar.

Partindo-se do exemplo do cirurgião plástico (item 3.2), pode-se usar exemplo semelhante, ou seja, um médico de uma corporação militar que efetua cirurgia reparatória em um paciente, também militar. Mais próximo ainda da realidade, o que dizer da vasectomia? Não consiste seu procedimento em verdadeira lesão? A resposta é afirmativa, mas nem por isso está-se diante de uma transgressão disciplinar.

Dessa forma, pode-se concluir que é perfeitamente aceitável causas excludentes da ilicitude disciplinar sem expressa previsão legal, como o consentimento do ofendido nos exemplos supra.

### **4.3. Culpabilidade no Direito Administrativo Disciplinar**

O ponto de partida deve sem dúvida ser a primeira acepção da culpabilidade, ou seja, aquela integrante do próprio delito.

Sob esse prisma, não se enxerga óbices para a adaptação dos elementos da culpabilidade (teoria normativa pura) em sede administrativa disciplinar.

<sup>28</sup> Lei Complementar 893, de 09 de março de 2001.

Sem embargo, para o reconhecimento da culpabilidade, o agente deve ser capaz de ser responsabilizado, ter consciência, ainda que em potencial, da ilicitude do ato e conduta diversa não pode ser exigível.

A propósito da capacidade para ser culpável, deve-se ressaltar que não há, em se tratando de ilícito disciplinar militar, a discussão acerca da maioridade, pois, uma vez incorporado à força militar poderá suportar o peso do estatuto disciplinar correspondente, independentemente de sua idade. A inimputabilidade, dessa forma, será apenas argüida sob a invocação de insanidade mental.

Em abordagem mais abrangente da culpabilidade, surge o questionamento acerca da possibilidade de se afastar ou não a sanção disciplinar do agente que age sem culpa (lato). Em outras palavras, poderá haver transgressão disciplinar sem o preenchimento do elemento subjetivo?

Magistral a contribuição de Fábio Medina ao discorrer sobre a culpabilidade em sua “Teoria da Responsabilidade do Agente”, que assim sacramenta:

**“Não se discute a existência de um princípio constitucional da culpabilidade no direito penal, princípio que decorreria do conjunto destas garantias. Não se tolera responsabilidade penal objetiva, sem dolo ou culpa, sem os fundamentos e pressupostos da responsabilidade subjetiva. Não há dúvidas a esse respeito.**

**Ficaria o princípio da culpabilidade adstrito, na produção de seus efeitos e reflexos, ao campo penal? Parece-me evidente que não. E isso por que tal princípio não tem natureza essencialmente penal, mas sim constitucional. É um princípio constitucional genérico que limita o poder punitivo do Estado. Trata-se, nesse passo, de garantia individual contra o arbítrio, garantia que se corporifica em direitos fundamentais da pessoa humana.**

**Culpabilidade é uma exigência inarredável, para as pessoas físicas, decorrente da fórmula substancial do devido processo legal e da necessária proporcionalidade das infrações e das sanções, sendo imprescindível uma análise da subjetividade do autor do fato ilícito, quando se trate de pessoa humana.”<sup>29</sup>**

“Irretocável(!)”, esse é o adjetivo apropriado para a lição consignada.

A sustentação de que o princípio da culpabilidade tem espectro muito maior que aquele delimitado pelo Direito Penal é na verdade a exaltação de que não se admite, no estágio atual de desenvolvimento do raciocínio jurídico, que alguém seja responsabilizado por uma conduta sem que haja culpa (sentido lato). Falar-se-ia, portanto, não só em Direito Penal, mas em um “**Direito Sancionador da Culpa**”, que teria por linha mestra a limitação do direito de punir do Estado pela culpabilidade.

Note-se que a presente formulação não é apenas elucubração abstrata com o escopo de “engessar” a Administração Pública a ponto de evitar a busca pela eficiência –

<sup>29</sup> Ob. cit. p. 314-5.

hoje princípio constitucional, seja na correção de atitudes do servidor, seja, em estágio último, na depuração interna.

A discussão do assunto, ao contrário, é tema atual e de profunda aplicação prática, permitindo, inclusive, a aceitação da “teoria da culpabilidade” em direito disciplinar nas três vertentes apontadas por Bitencourt.

Para melhor clarear o campo sobre o qual se pisa, deve-se trabalhar com exemplos.

Tome-se, como primeiro caso, o servidor militar que fere alguém, por disparo de arma de fogo, agindo, porém, sob uma dirimente putativa, a legítima defesa. Imagine-se, para limitar as ilações contrárias, que cabalmente ficou demonstrado em processo-crime que o agente equivocou-se em sua compreensão da realidade, possibilitando sua absolvição por exclusão da culpabilidade, evidenciando o erro de proibição<sup>30</sup>, se se tratar de crime comum, ou erro de fato, se se tratar de ilícito penal militar, considerando neste último caso que o ilícito está abrangido por uma das alíneas do inciso II do art. 9º do Código Penal Militar e que as circunstâncias conduzem à conclusão de que não se tratou de ato doloso contra a vida de civil.

Frente à absolvição, nos termos transcrito acima, a autoridade disciplinar estaria compelida a impor sanção, pois não há causa de justificação que dê guarida à conduta. Estaria, destarte, diante de um dilema: deveria punir um militar do Estado sem culpa, especificamente afeta à primeira acepção da culpabilidade, vez que o agente não tinha consciência da ilicitude, pois pensava estar amparado por excludente de antijuridicidade (legítima defesa real).

Note-se que o inciso III do citado art. 34, ao mencionar legítima defesa, não abrange a legítima defesa putativa, figura estranha ao Regulamento Disciplinar.

Veja-se outro caso. Um comandante de Unidade, frente ao parecer favorável da Consultoria Jurídica, celebra contrato, após regular procedimento licitatório, com uma empresa fornecedora de gêneros. Ao ser submetido ao crivo do Tribunal de Contas do Estado, verifica-se irregularidade na avença, irregularidade essa de cunho técnico-jurídico, que deveria ser apontada pelo Procurador do Estado em sede preliminar. Com efeito, ninguém pode alegar o desconhecimento da lei, porém, deve-se ter em conta que o servidor não agiu com a plena consciência de que praticava fato repudiado pelo Direito, mormente porque sua categoria profissional não tem como requisito a formação jurídica. Acerca do conflito entre o erro de proibição e a ignorância da lei, postula Francisco Muñoz:

**“El *tratamiento del error de prohibición* es doctrinalmente muy discutido. Al principio se consideraba que el error de prohibición no debía ser relevante en ningún caso (*error iuris nocet*); pero este planteamiento ni siquiera se mantiene ya en el ámbito del Derecho civil (cfr. art. 6 Cc). Pronto se observó que, además de ser injusto, planteaba en la práctica serios**

<sup>30</sup> Convém lembrar que as dirimentes putativas, no Código Penal, estão topograficamente inseridas no dispositivo que trata do erro sobre elemento constitutivo do tipo, porém, a doutrina, de forma praticamente uníssona, reconhece a existência de erro de proibição, porquanto incidiu o erro sobre a ilicitude do fato.

**problemas porque muchos tipos penales se refieren a disposiciones administrativas cambiantes (“normas penales en blanco”) y porque el error no siempre se refiere a la norma prohibitiva, sino a la existencia de una causa de justificación o a los presupuestos fácticos de dicha causa. Ante ello, la jurisprudencia comenzó a distinguir entre el error de hecho (relevante) y el error de Derecho, que en principio era irrelevante, pero que empezó a considerarse relevante cuando recaía sobre una norma de carácter extrapenal.”<sup>31</sup>**

Indiscutivelmente, a questão apresentada seria relevante penalmente, porém há que se questionar se o erro de proibição traria reflexos na esfera disciplinar.

Já se afirmou, no início deste raciocínio, que há aqueles que o reconhecem, citando-se como exemplo Edmir Netto de Araújo. De certo, a incidência em erro sobre a ilicitude do fato, comungado à inexigibilidade de conduta diversa, são fortes argumentos a afastar a responsabilidade disciplinar, sob pena de aceitação de responsabilidade objetiva.

Nas condutas acima, tratou-se de uma das acepções da culpabilidade, ou seja, não haveria o ilícito em razão do não preenchimento de seus requisitos – nos exemplos consignados, especificamente a consciência da ilicitude e, quiçá, a inexigibilidade de conduta outra que não a praticada pelo agente.

Poder-se-ia, ainda, trazer à baila, para exemplificar totalmente a acepção tratada, caso de ilícito disciplinar praticado por agente mentalmente insano (comprovado por laudo médico), quando se discutiria sua inimputabilidade.

Nas outras conotações da culpabilidade, deve-se lembrar que o tipo transgressional, ainda que mitigado, contempla o elemento subjetivo, indicando a necessidade de que se evidencie o dolo ou a culpa. Em outras palavras, a mera voluntariedade não é suficiente para a responsabilização do servidor militar.

Da conjugação das duas acepções, surgiria a sedimentação da impossibilidade de punição de um subordinado. Nesse sentido, abuse-se um pouco mais das sempre preciosas lições de Maria Sylvia Zanella Di Pietro que, ao discorrer sobre o elemento subjetivo do ilícito de improbidade administrativa – na sua visão, ilícito de ordem civil e política – aduz:

**“O enquadramento na lei de improbidade exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo. Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. Quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas formas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica.”<sup>32</sup>**

<sup>31</sup> BITENCOURT, Cezar Roberto e CONDE, Francisco Muñoz. Teoria Geral do Delito. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 429.

<sup>33</sup> Ob. cit. p. 688-9.

Foge ao escopo deste raciocínio, esmiuçar a acepção da culpabilidade como condicionante quantitativa de sanção disciplinar. Basta apenas indicar que, a exemplo do art. 59 do Código Penal ou do art. 69 do Código Penal Militar, deve-se ter em conta na cominação da sanção disciplinar, o grau de culpa (em sentido lato – intensidade do dolo ou o grau de culpa) do agente.<sup>33</sup>

## 5. “TEORIA TRIPARTITE DA TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR”

Sustentada não só a viabilidade de reconhecimento de elementos integrantes do ilícito disciplinar, mas também a necessidade de instalação de um Direito Sancionador da Culpa, cumpre questionar qual a fórmula a ser seguida pela autoridade disciplinar para não punir o seu subordinado – evitando injustiças – com base nos postulados supra.

Partindo de derradeira análise da culpabilidade – apenas com o escopo de exaltar aquilo que se considera essencial discutir – deve-se entender que a ausência de elemento subjetivo, ou a existência de elemento subjetivo diverso daquele suscitado pelo tipo transgressional, impede a imposição de sanção disciplinar, sob pena de se instalar uma responsabilidade disciplinar objetiva, agredindo, pois, o princípio constitucional da culpabilidade.

Entretanto, pode-se evitar a responsabilização disciplinar ainda quando do início da análise do ilícito, por exclusão de seus elementos. Em outros termos, a ausência de ação típica disciplinar (positiva ou negativa), de antijuridicidade ou de culpabilidade, inviabilizam o sancionamento do agente, por simples declaração, obviamente motivada, de inexistência de ilícito administrativo disciplinar militar.

Poder-se-ia, por exemplo, sustentar a existência de causas justificantes supralegais, trazendo ao problema a equação necessária para a não responsabilização disciplinar.

Outra alternativa seria a defesa de que a culpabilidade integra o conceito estrutural da transgressão disciplinar – e aqui reside o ponto mais polêmico e, em consequência, mais palpitante do tema – favorecendo, destarte, a elaboração de uma “teoria tripartida” dessa espécie de ilícito.

Nesse diapasão, transgressão disciplinar seria definida como conduta típica (caracterizada por uma “tipicidade mitigada”), antijurídica (não simétrica ao Direito Penal, vez que a “lei disciplinar” poderia enumerar como causas de justificação não só as excludentes de antijuridicidade reconhecidas no Direito Penal, mas também aquelas afetas à exclusão de culpabilidade) e, por fim, culpável.

Como culpável deve-se compreender o fato reprovável no grupo em questão – inclusive levando-se em consideração os usos e costumes daquele grupo, fator preponderante e até mesmo verdadeira fonte normativa nas instituições militares. Obviamente, deveriam estar presentes os elementos positivos da culpabilidade (teoria normativa pura), ou seja, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

A sedimentação de citada teoria propiciaria um deslinde adequado às questões disciplinares afetas à culpabilidade, como os exemplos supracitados, permitindo que

<sup>33</sup> Vide art. 33 da Lei Complementar 893/01.

a autoridade disciplinar, em vez de reconhecer a existência de uma causa supralegal que impeça a imposição de sanção, ficando assim sujeita a interpretações desfavoráveis que a imputariam a inobservância da legalidade (podendo gerar, inclusive, efeitos inerentes à lei “anti-improbidade”<sup>34</sup>), simplesmente declare, por decisão fundamentada, a inexistência de ilícito disciplinar.

## 6. CONCLUSÃO

Há que se ratificar o escopo principal deste trabalho, afastando-se, como já dito, a visão de que se pretende estagnar a repressão transgressional, depondo contra o princípio da eficiência e, por conseqüência, fomentando uma Administração Pública “amadora”, sem o comprometimento inerente à sua existência: o atendimento dos anseios e rogos coletivos.

O que se pretende, de fato, é propiciar a estabilidade nas relações disciplinares afetadas aos servidores públicos, neste caso especificamente direcionada aos militares dos Estados, fomentando a segurança jurídica dessas relações. Quer-se ainda, que o novel princípio da eficiência não tenha leitura tosca, desmedida, segundo a qual os **fins justificam os meios**, fomentando dessa forma, com a devida permissão para parafrasear o caríssimo Professor Osvaldo Duek<sup>35</sup>, uma “**responsabilidade disciplinar flutuante**”, à busca de alguém a ser punido.

De forma paralela, mas não menos importante, busca-se uma alternativa para evitar o cometimento de impropriedades – injustiças, em verdade – em que uma absolvição por reconhecida excludente de culpabilidade possa não obstar, por exemplo, a exclusão de um militar, a despeito da verificação de que qualquer um, até mesmo a autoridade disciplinar julgadora, teria comportamento idêntico nas circunstâncias fáticas apresentadas.

Urge, pois, a necessidade de maior dedicação à “Teoria Geral do Ilícito Disciplinar”, razão pela qual espera-se que este trabalho inicie a combustão em discussões variadas, não só favoráveis aos argumentos expostos, mas principalmente dotadas de construtivas críticas.

*Vultus animi janua est!*

**Cícero Robson Coimbra Neves**

**1º ten PM servindo na Corregedoria da Polícia Militar de São Paulo,  
bacharel em Direito pela FMU,  
pós-graduando em Direito Penal pela ESMP,  
professor de Direito Penal Militar da Academia de Polícia Militar do Barro  
Branco e de Direito Penal Militar Aplicado no Curso de Especialização de  
Oficiais em Polícia Judiciária Militar na Corregedoria da Polícia Militar.**

<sup>34</sup> Lei 8429, de 02 de junho de 1992.

<sup>35</sup> O termo “responsabilidade penal flutuante” é marcante nas lições, em sala de aula, do Professor Osvaldo Henrique Duek Marques, pessoa de notável conhecimento jurídico, de quem tive a honra de ser aluno na Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, durante o ano de 2003.

**ASPECTOS DA JUSTIÇA  
MILITAR ESTADUAL  
EM SEGUNDA INSTÂNCIA**

***Paulo Prazak***





# ASPECTOS DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL EM SEGUNDA INSTÂNCIA

*Paulo Prazak*

**SUMÁRIO:** I. Introdução: o Duplo Grau de Jurisdição - II. Justiça Militar e o Estado de São Paulo - III. Competência e Conflito - IV. Particularidades Recursais - V. Competência Originária do TJM - VI. O *Habeas Corpus* na Justiça Militar Estadual - VII. Revisão criminal e Justificação - VIII. Considerações Finais.

## I – INTRODUÇÃO: O DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO

O ser humano, considerado dentro de suas imperfeições, está sempre sujeito a falhas, em qualquer atividade que pratique. No mundo jurídico, não haveria porque ser diferente, pretendendo-se o magistrado imune, capaz de decidir de modo definitivo sem questionamentos no exercício de sua função.

Além disso, conforme sabiamente advertiu Montesquieu, a existência de um juiz único poderia torná-lo despótico, sabedor de que sobre suas decisões não haveria controle algum.

De outra parte, em sendo próprio do subjetivismo individual insurgir-se contra qualquer decisão desfavorável, plenamente compreensível o afã de obtenção de novo posicionamento sobre a mesma questão, em grau mais elevado.

Considerado isto, e com supedâneo em conceitos que remontam ao Direito Romano, instituiu-se o duplo grau de jurisdição, princípio pelo qual a decisão judicial pode ser reexaminada pelo Poder Judiciário, em geral por órgão hierarquicamente superior ao que a prolatou.

O duplo grau é garantia da boa justiça e, no ordenamento brasileiro, pode ser extraído da própria Constituição Federal, que estabelece seus limites e contornos para a efetivação do binômio segurança-justiça. É de se ressaltar, entretanto, que a Carta Magna não o garante ilimitadamente, como o fez a Constituição do Império de 1824; bem como não erigiu o duplo grau à categoria de direito fundamental. Sua existência decorre da sistemática constitucional que prevê órgãos jurisdicionais inferiores e superiores – denominados instâncias.

## II – JUSTIÇA MILITAR E O ESTADO DE SÃO PAULO

Ao elencar os órgãos do Poder Judiciário, o artigo 92 da Constituição Federal insere, em seu inciso VI, os Tribunais e Juízes Militares. Mais à frente, pela leitura do artigo 125, § 3º, pode-se inferir que a Justiça Militar Estadual é constituída, em primeiro grau, pelos Conselhos de Justiça e, em segundo, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou então por Tribunal de Justiça Militar, nos Estados em que o efetivo da Polícia Militar supere o número de vinte mil integrantes (criação por proposta do Tribunal de Justiça do respectivo Estado).

Assim, todos os Estados da Federação possuem Juízes Auditores (ou então Juízes de Direito assim designados), porém o Tribunal de Justiça Militar, hoje, só existe nos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul e Minas Gerais. Quanto à sua competência, está prevista na própria Constituição Federal, no artigo 125, § 4º, nas Constituições Estaduais e nas Leis de Organização Judiciária Militar.

Com relação a São Paulo, há que se consignar alguns dados que o diferencia dos demais Estados da Federação. Principal centro industrial do país, é o maior pólo de comércio atacadista e de atividades bancárias e financeiras; constitui o maior mercado consumidor do Brasil, concentrando cerca de 30% de todos os investimentos privados. São 625 municípios distribuídos ao longo de uma área de 250.000 km<sup>2</sup>, na qual convivem 32,7 milhões de habitantes.

Nesse diapasão, a Justiça Militar do Estado de São Paulo, criada em 08 de janeiro de 1937, pela Lei Estadual nº 2.856, foi sendo reestruturada por legislações posteriores, até alcançar a forma atual, que abrange Primeira e Segunda Instância. O primeiro grau é formado pelas Auditorias, e o segundo pelo Tribunal de Justiça Militar (TJM).

### III – COMPETÊNCIA E CONFLITO

Em razão do princípio do duplo grau de jurisdição, compete ao TJM apreciar os recursos interpostos das decisões proferidas em primeiro grau pelos Juízes Auditores ou pelos Conselhos de Justiça.

Além dos recursos interpostos das decisões proferidas pelos Conselhos de Justiça, compete ao Tribunal de Justiça Militar processar e julgar, originariamente, o Chefe da Casa Militar e o Comandante-Geral da Polícia Militar, nos crimes militares definidos em lei, os *habeas corpus* e os mandados de segurança, nos processos cujos recursos forem de sua competência ou quando o coator ou coagido estiverem diretamente sujeitos a sua jurisdição, e as revisões criminais de seus julgados

Compete, também, ao Tribunal de Justiça Militar, julgar processo oriundo do Conselho de Justificação ou representação do Ministério Público referente à perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças da PM (é de se ressaltar que um oficial da PM não poderá ser expulso da corporação por ato do Comandante Geral da Polícia Militar; somente por julgamento do TJM poderá ser declarado indigno ou incompatível com o cargo que ocupa).

Importante asseverar que, ao Tribunal de Justiça Militar compete, ainda, dirimir **conflito de competência** entre as Câmaras e entre as auditorias.

Entretanto, nos Estados em que existe o TJM, se o conflito de competência surgir entre um juiz auditor e um juiz de direito, caberá ao Superior Tribunal de Justiça dirimir a controvérsia, pois ambos são magistrados estaduais, sujeitos a Cortes diferentes. Por outro lado, em não existindo no Estado um Tribunal de Justiça Militar, caberá ao Tribunal de Justiça do mesmo ente federativo decidir os conflitos de jurisdição entre os auditores militares estaduais e os juízes de direito – caso em que aplica-se a Súmula 555 do STF: “*É competente o Tribunal de Justiça para julgar conflito de jurisdição entre Juiz de Direito do Estado e a Justiça Militar local*”.

#### IV – PARTICULARIDADES RECURSAIS

Em Segunda Instância, encontramos na Justiça Militar Estadual alguns recursos, elencados no Decreto-Lei nº 1.002, de 21/10/1969 (Código de Processo Penal Militar), que possuem os mesmos pressupostos e fundamentos daqueles de igual denominação, explicitados pelo Código de Processo Penal e de aplicação na Justiça Comum, tais como os de Apelação, Recurso em Sentido Estrito e Agravos, de forma que me furto a detalhá-los.

Todavia, há algumas particularidades expressas no Código de Processo Penal Militar, relacionadas mais especificamente a dois recursos, com aplicação prática no Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo.

Inicialmente, há que se falar no **Recurso Inominado**, figura inexistente no Código de Processo Penal, que tem previsão no art. 146 do Código de Processo Penal Militar.

Além da exceção de incompetência, que deve ser oposta logo após a qualificação do acusado, a lei processual penal militar autoriza o órgão do Ministério Público a alegar incompetência do juízo antes mesmo do oferecimento da denúncia. Rejeitada a argüição pelo auditor, o *Parquet* poderá interpor recurso ao Tribunal. Da mesma forma, rejeitada a argüição da exceção, prevê o CPPM a existência de um recurso.

Para ambas hipóteses, utiliza-se a terminologia “Recurso Inominado”, não havendo normas sobre seu procedimento, o que acaba gerando divergência sobre o tema.

Em face da omissão do Código de Processo Penal Militar, seguiu na mesma esteira o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Encontrando-se hoje em estudo a inclusão da referida matéria em seu regimento, socorre-se até o momento do Regimento Interno do Superior Tribunal Militar, cuja utilização subsidiária está prevista nas Disposições Transitórias do art. 259 do Regimento Interno do TJMESP.

Segundo o disposto no artigo 116, § 3º do RISTM, o rito para o processamento do recurso inominado é o mesmo do Recurso em Sentido Estrito. Já há a previsão, em sentido idêntico, no Regimento Interno do Tribunal de Justiça Militar de Minas Gerais.

Entendo que deve haver, portanto, juízo de retratação e todos os demais preceitos estabelecidos para o Recurso em Sentido Estrito, como prazo para interposição etc.

Com relação aos **embargos infringentes**, a dificuldade no Estado de São Paulo reside na problemática do quórum, pela atual composição de seu Tribunal de Justiça Militar com apenas 05 juízes, sendo que a Constituição Estadual preconiza, em seu artigo 80, a presença de 07 magistrados em segundo grau. Uma vez que para o julgamento dos embargos devem ser designados relator e revisor que não tenham funcionado anteriormente, havendo um impedimento consuma-se o problema. O mesmo entrave é suportado nas Revisões Criminais.

É de se consignar que a solução de tal entrave está além do próprio Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, vez que o artigo 70, inciso II da Carta Estadual estabelece a competência privativa do Tribunal de Justiça para proposição à Assembléia Legislativa de lei que crie os dois cargos faltantes de Juiz do TJMSP. A Corte Castrense Paulista inclusive já encaminhou ao Tribunal de Justiça projeto de lei para sua adequação aos preceitos constitucionais, e por ora aguarda que o mesmo dê prosseguimento àquilo que lhe compete.

## V – COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO TJM

Conforme discorrido ao início, o duplo grau de jurisdição adotado em nosso ordenamento é de ordem pública. As ações originárias nos tribunais e, por vezes, de instância única, acarretaram discussões sobre a derrogação do princípio mencionado. A posição que prevalece, entretanto, é a de que não há tal derrogação.

Em verdade, quando, pela relevância da causa, é atribuída a competência a órgão superior de jurisdição, o que se está conferindo, em tese, é uma maior segurança ao julgamento, tendo em vista a experiência dos juízes componentes do tribunal e, principalmente, o fato de que a decisão deve ser proferida por órgão colegiado. No âmbito do Tribunal de Justiça Militar Estadual, são as hipóteses de Perda de Graduação de Praça, Conselho de Justificação, Indignidade para o Oficialato e também as Revisões Criminais.

Por vezes, porém, há competências originárias dos tribunais estaduais em que há previsão de recurso para tribunais superiores, garantindo-se o acesso ao segundo grau de jurisdição. Podemos citar aqui o *Habeas Corpus* (sobre o qual discorreremos brevemente no item seguinte) e o Mandado de Segurança.

Quanto a este último, segue os pressupostos gerais constitucionais e procedimento dos aplicados em toda a esfera jurídica. Mesmo assim, é figura prevista inclusive no Regimento Interno do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo (arts. 103 a 107). Somente o Tribunal de Justiça Militar tem competência para apreciar os Mandados de Segurança, que terão prioridade sobre todos os feitos, à exceção dos *Habeas Corpus*.

Não é por demais lembrar que, com relação aos recursos contra decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça Militar, a competência para julgamento é do **Superior Tribunal de Justiça** (bem como será do Supremo Tribunal Federal, quando envolver reexame de questões de direito constitucional federal).

Por muitas vezes, o endereçamento do recurso é feito erroneamente ao Superior Tribunal Militar. Porém, não há relação de superioridade entre o TJM e o STM, este último órgão de segunda instância recursal da Justiça Militar Federal. A matéria apreciada pelo Superior Tribunal Militar é de cunho federal, e não estadual.

## VI - O HABEAS CORPUS NA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

Ao contrário do que ocorre na Justiça Comum, no âmbito penal militar não há a competência dos juízos de primeira instância para apreciar as ações constitucionais de *Habeas Corpus*, que devem ser interpostas diretamente no Tribunal, independente da qualidade da autoridade coatora. Na seara comum, por exemplo, caso o coator seja o delegado, a competência será do Juiz de Direito. Na Justiça Militar, mesmo que a autoridade coatora seja o Oficial Presidente do Inquérito Policial Militar, a competência será do Tribunal.

Assim, o único recurso cabível da denegação do *Habeas Corpus* na Justiça Militar é o Recurso Ordinário Constitucional, dirigido ao Superior Tribunal de Justiça, conforme disposto no Regimento Interno do TJM do Estado de São Paulo.

Concernente às infrações disciplinares, em que pese o disposto no art. 142, § 2º da CF estabelecer que não caberá *Habeas Corpus* em relação a punições disciplinares militares, é pacífico na doutrina e jurisprudência que a ordem somente não é admitida quando se tratar de exame do mérito do ato administrativo. Para verificação a respeito da legalidade do ato, é cabível a ação constitucional.

Finalmente, a jurisprudência pátria tem se pronunciado no sentido da impossibilidade de revisão pelo remédio constitucional do *Habeas Corpus* de sanção que redundou em perda de graduação imposta pelo Tribunal, tendo em vista estar ausente a violação ao direito de locomoção.

## VII – REVISÃO CRIMINAL E JUSTIFICAÇÃO

No que tange à revisão criminal, o Código de Processo Penal Militar adota a mesma figura existente na Justiça Comum, ou seja, mesmo cabimento, procedimento e efeitos. A única ressalva que se faz necessária está na competência, pois o processamento e julgamento das revisões dos processos findos na Justiça Militar caberá ao Superior Tribunal de Justiça, e não ao Superior Tribunal Militar, como preconiza o Código de Processo Penal Militar, conforme já exposto mais acima.

Uma vez que a lei estipula que novas provas podem dar ensejo à revisão criminal, uma das vias naturais para a sua produção é a **justificação de provas**. Com previsão apenas nas normas processuais civis, por sua natureza tem aplicabilidade analógica na legislação castrense (com base no artigo 3º, alínea “e” do CPPM). Hoje, admite-se a justificação com relação à matéria penal e processual penal militar, sendo processada perante o juízo da condenação, porque não implica decisão de mérito; bem como matéria administrativa, quando esta destinar-se ao Conselho de Justificação.

## VIII – CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Justiça Militar Estadual não faz parte do Poder Executivo, tampouco é um braço da Polícia Militar; é órgão do Poder Judiciário Estadual, constitucionalmente previsto para julgamento de policiais militares que praticam crimes militares. Intenciona-se que o julgamento do acusado seja realizado por seus pares, pois somente aquele que vivencia situações semelhantes tem qualidade para proferir um julgamento justo.

Um dos maiores problemas enfrentados pela Justiça Militar atualmente resulta do “esquecimento” do legislador. Durante a elaboração e promulgação de normas jurídicas, por muitas vezes a Justiça Militar não é sequer mencionada no texto legal, o que dá margem a inúmeras interpretações sobre a aplicação ou não da norma à Justiça Castrense. Podemos citar os exemplos da Lei nº 9.099/95 (Juizados Especiais) e da Lei nº 8.072/90 (Crimes Hediondos), o que torna difícil inclusive a atuação dos profissionais do direito.

Da mesma forma, as normas de direito processual, que estão em constante evolução, também não fazem menção ao Código de Processo Penal Militar, mas tão somente ao Código de Processo Penal comum, acarretando aos magistrados a necessidade de fazer um “malabarismo” para aplicar tais leis aos processos em curso

na Justiça Militar. A própria Lei de Execução Penal é um exemplo proeminente, entre muitas outras.

Os policiais militares, sempre pressionados entre a necessidade de maior repressão a qualquer custo, e o cumprimento dentro dos ditames legais de suas nobres funções, por vezes acabam praticando uma ilegalidade. Merecem, como todos os cidadãos, serem processados e julgados com base em normas modernas, ágeis e eficientes, tanto para os magistrados, promotores e advogados como para os jurisdicionados.

O Direito é contemporâneo e deve acompanhar as evoluções sociais para que a justiça seja feita de forma plena e segura.

Apesar de todas as dificuldades, a Justiça Militar Estadual, aplicando os parâmetros adequados, consegue bem aplicar o Direito ao caso concreto, buscando sempre a melhoria na prestação jurisdicional, especialmente na celeridade e na eficácia da decisão, trazendo o justo mais próximo de seu destinatário.

O objetivo da presente explanação não foi ser exauriente quanto ao funcionamento da Justiça Militar Estadual em Segunda Instância, nem quanto aos seus detalhes, mas sim trazer à baila alguns aspectos relevantes, sobretudo sob a ótica do Estado de São Paulo, procurando suscitar estudos sobre a matéria.

***Paulo Prazak,***

***juiz presidente do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo***

**DO INQUÉRITO POLICIAL  
MILITAR E DA POLÍCIA  
JUDICIÁRIA MILITAR**

*Péricles Aurélio Lima de Queiroz*





# DO INQUÉRITO POLICIAL MILITAR E DA POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR

Péricles Aurélio Lima de Queiroz

**SUMÁRIO:** I. Introdução: o Duplo Grau de Jurisdição - II. A Polícia Judiciária Militar - III. Intervenção do Ministério Público e da Justiça Militar - IV. Do Indiciamento e da Classificação do Crime - V. Da Classificação do Delito - VI. Conclusões.

## I. INTRODUÇÃO

Ismail Kadaré, conceituado escritor albanês, em seu recente livro “Os Tambores da Chuva”, relata interessante passagem que escolhi para citar nesta ocasião. O livro, um romance histórico, fala sobre uma guerra em torno da cidade de Shkodra, entre 1474 e 1479, nos Balcãs. Depois de uma derrota, o general otomano manda que se processe o rogador de pragas - membro do seu estado-maior, considerando-o responsável pela forte resistência inimiga. Dirigindo-se ao juiz, diz o general: “*Primeiro é preciso comprovar a culpa*”. “*Condenar um rogador de pragas não é coisa simples*”, respondeu o magistrado. “*Basta*”, disse o general, “*que o rogador de pragas seja posto a ferros e o inquérito transcorra em completo segredo*”<sup>1</sup>. Trata-se de mera ilustração do assunto de nossa palestra. Em todas as épocas, nunca se dispensou a apuração do fato que se pretende levar a julgamento.

O inquérito policial foi criado no II Império, em 1871. Já existia a figura do Promotor de Justiça e do Delegado de Polícia, desde a reforma criminal de 1830 e 1840. Até então, apurava-se a culpa por meio do *auto de corpo de delito*. No âmbito da jurisdição militar, vamos encontrar a primeira referência à investigação policial escrita em 1643, com o Alvará que instituiu os conselhos de justiça. Em 1765 havia formulário regulamentando o *auto de corpo de delito – termos e assentadas*. Até 1895, os regulamentos em vigor consideravam “*polícia judiciária, as atividades exercidas por militares encarregados de formar os corpos de delito*”(Reg. De 21.7.1875), posteriormente encaminhados aos Conselhos de Guerra.

*Com a República, a segunda instância da Justiça Militar passou a denominar-se Supremo Tribunal, deixando a maioria das funções do então Conselho Supremo e de Justiça, referentes à administração das questões militares. Editou-se em 1895<sup>2</sup> um código processual, criando-se a “polícia judicial militar” e instituindo-se o inquérito policial militar. Nos últimos 109 anos pouca modificações foram introduzidas; especialmente no aspecto da constitucionalidade. A legislação castrense passou por reformas em 1908 – criação do quadro de auditores; 1920 – instituição do Ministério Público Militar, Defensoria Pública e correições; 1938, 1944 e 1969. Há quase trinta e cinco anos não se faz alteração significativa do Código de Processo Penal Militar.*

<sup>1</sup> KADARÉ, Ismail. *Os Tambores da Chuva*. São Paulo: Cia. das Letras, 2003, tradução do albanês: Bernardo Jaffily, p. 112.

<sup>2</sup> *Regulamento Processual Criminal Militar* (16.07.1895). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1902.

## II. A POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR

*A polícia judiciária se destina a apurar crimes, apontar seus autores e mostrar as provas da culpa, permitindo o processo-crime. Essa investigação preliminar é essencial ao estado democrático de direito. No dizer de Aury Celso L.Lopes Jr. “a fase pré-processual é absolutamente imprescindível, pois um processo penal sem a investigação preliminar é um processo irracional, uma figura inconcebível segundo a razão e os postulados da instrumentalidade garantista”<sup>3</sup>.*

A expressiva maioria dos países do mundo possui uma forma de investigação anterior ao processo. Na Espanha, o denominam sumário, diligências ou instrução complementar; na Itália, de indagação preliminar; em Portugal, de inquérito preliminar; na França, de enquête preliminar; em países latino-americanos, de procedimento preparatório.<sup>4</sup>

Mesmo em tempo de guerra, não se dispensou enorme atenção ao IPM, embora seu rito obedeça forma mais expedita. Feitos arquivados no Superior Tribunal Militar, referente ao período de 1930 – 1934, dão conta de inúmeros processos desse período – Revoluções de 1930 e Revolução Paulista da 1932 – iniciados a partir de inquéritos bem elaborados em zona de guerra, cujas perícias médico-legais eram zelosamente executadas oficiais do corpo de saúde. Em mais de um deles, pude constatar despachos do Encarregado, a justificar demora por motivo de seu afastamento para a “a frente de combate”.

Na FEB, todavia, foi o IPM muito criticado pelas autoridades de justiça, que o consideravam anacrônico. Referindo-se a ele, disse o Gen. Francisco de Paula Cidade, membro do Conselho Supremo da Justiça Militar brasileira na Itália:

*“Várias são as causas que tornam o inquérito, tal qual o entendemos e praticamos, uma peça inútil e, em campanha, uma fonte de imperfeições para o processo, que por ele muitas vezes se inicia com vícios fundamentais. Dessas causas, duas são notórias: a falta de conhecimentos especializados da jurisprudência e mesmo da técnica policial, por parte dos oficiais encarregados desse serviço; a impossibilidade em que se encontra um oficial encarregado de um inquérito de dedicar-se exclusivamente a essa missão policial.”<sup>5</sup>*

O inquérito não é o único modo de apurar o crime militar. Temos, ainda, o auto de prisão em flagrante delito e outras peças informativas, tais como a sindicância e diligências criminais. Hoje, no âmbito da Justiça Militar da União, ainda ocorre a primazia do IPM. Mas, ao seu lado, vicejam diversos outros procedimentos apuratórios, sobressaindo-se a investigação direta conduzida pelo Ministério Público

<sup>3</sup> LOPES JR., Aury Celso L.. *A Crise do Inquérito Policial. Breve Análise dos Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal.* In Revista da AJURIS – Doutrina e Jurisprudência. Porto Alegre: junho/2000, ano XXVI, n. 78, p. 43/65.

<sup>4</sup> Idem, p. 45.

<sup>5</sup> CIDADE, Francisco de Paula. *Algumas Observações sobre o funcionamento da Justiça Militar Brasileiro no Teatro de Operações da Itália.* In Revista do Superior Tribunal Militar. Brasília: 11/3, 1989/1991, p. 205.

Militar. O inquérito é extensão do poder de comando do comandante, chefe ou diretor de uma organização militar. O CPPM relaciona as hipóteses de instauração do inquérito. Se a investigação não é feita diretamente pela autoridade de polícia judiciária, essa atividade é delegada a um dos oficiais, mediante portaria. Uma vez designado o encarregado, caber-lhe-á desenvolver os trabalhos policiais, com oitivas, reproduções simuladas, requisição de provas técnicas e outras.

### III. INTERVENÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA JUSTIÇA MILITAR

A condução do inquérito é atribuição do seu encarregado. À autoridade delegante, detentora original do poder de polícia, permite-se propor linhas de investigação, produção de provas ou avocar o inquérito, circunstância que raramente ocorre. O Ministério Público é o órgão de destino do IPM. Desse modo, possui atribuições para acompanhar a investigação, requisitar diligências, orientar o encarregado e, sobretudo, agir no controle externo da investigação, por meio de medidas preventivas ou corretivas.

É recomendável que, em casos complexos e de difícil elucidação, essa tarefa de investigar seja permanentemente supervisionada pelo Promotor de Justiça Militar. Isso acontecendo, melhores são os prognósticos de êxito dessa tarefa. Além dessa atuação, cumpre o MP atribuições importantes como fiscal da lei, pronunciando-se nos provimentos cautelares ajuizados pelo encarregado do inquérito, tutelando os interesses da polícia judiciária, interpondo recursos necessários ao prosseguimento eficaz da investigação.

Há providências no decorrer do IPM que exigem a intervenção da Justiça Militar e do *Parquet*. Refiro-me aos procedimentos cautelares que dependem do consentimento judicial, bem como do pronunciamento do Ministério Público. São eles: busca e apreensão domiciliar, prisão preventiva, quebra do sigilo bancário, das comunicações e fiscal. Nessas hipóteses, o presidente do inquérito dirige-se ao juiz-auditor, por meio de representação, pleiteando a medida almejada.

Além do IPM, realiza-se no âmbito da lei processual penal militar outros dois procedimentos simplificados para elucidação de delitos: Instrução Provisória de Insubmissão (IPI) e Instrução Provisória de Deserção (IPD), específicas para esses crimes. A documentação produzida na administração castrense é autuada em juízo, prosseguindo-se até o oferecimento de denúncia ou seu arquivamento.

Em voga, nos dias atuais, a investigação direta realizada na Promotoria de Justiça Militar. O código processual de 1895 permitia que o IPM fosse acometido a um membro do Ministério Público. No âmbito do MPM, foram regulamentados dois procedimentos de investigação: o *Procedimento de Investigação Preliminar*, destinado a instruir o inquérito civil público – igual em todo o MP brasileiro; e o *Procedimento de Diligência Investigatória Criminal – PDIC*, utilizado quando o órgão ministerial necessita de informações para formar sua convicção a respeito de fato da sua atribuição. O PDIC é constituído de diligências diretamente conduzidas pelo promotor militar, que realiza oitiva, determina perícias e expede requisições às autoridades militares.

Têm-se mostrado eficiente forma de transmitir, objetivamente, importantes informações para instruir a demanda processual. Muitas denúncias, assim, são oferecidas com base no PDIC, dispensando-se o IPM.

#### IV. DO INDICIAMENTO E DA CLASSIFICAÇÃO DO CRIME

Indiciamento é o ato de sujeição ao inquérito, da pessoa contra a qual pesa a responsabilidade criminal. É atribuição do encarregado, e deve ser precedida do respectivo despacho nos autos. Assim, imputa-se ao suspeito o status de indiciado, alvo da investigação. Imprescindível que o ato seja fundamentado, com base em fatos ou circunstâncias concretas bem deduzidas, afastada a discricionariedade. Esse provimento do encarregado deve conter, sempre que possível, a classificação do delito imputado.

No rumoroso caso do Riocentro, cujo inquérito foi reaberto 18 anos depois por iniciativa da Procuradoria-Geral da Justiça Militar, segundo a opinião da imprensa, o indiciamento restabeleceu a credibilidade atingida pelo malogro do inquérito da época. O Globo estampou *“Indiciamento tira mancha do Exército”*: Assim começava a matéria jornalística: *“O indiciamento do coronel W.M. no inquérito policial militar que apura o atentado do Riocentro, 30 de abril de 1981, foi bem recebido pela maioria dos oficiais do Exército.”* Cita a opinião de importante político nacional que teria declarado: *“o indiciamento é uma decisão importante que permite à sociedade conhecer o seu passado, a sua história sem ressentimento”*.<sup>6</sup>

Outro significativo exemplo de como o indiciamento mostra-se importante para a autenticidade do trabalho de polícia judiciária, pode ser compreendido no chamado “IPM do Galeão”, aberto em junho de 1954 para apurar atentado ao então deputado Carlos Lacerda, no qual morreu o Major Vaz, que o acompanhava. Instaurada a investigação na Aeronáutica, resultou no indiciamento de um policial vinculado ao Palácio do Catete, deflagrando-se a crise institucional que todos conhecem. O suspeito deverá ser intimado para comparecer perante o encarregado e sofrer o indiciamento, recebendo formalmente a informação sobre essa medida. Há autores que defendem a necessidade desse ato preceder a qualquer outro no IPM.

Da mesma forma que razões de ordem objetiva levam ao “indiciamento” do suspeito, poderá, por despacho do encarregado, lavrar-se o dsindiciamento.

#### V. DA CLASSIFICAÇÃO DO DELITO

*Sempre que possível, a classificação do crime deve aparecer já na portaria de instauração do inquérito, mesmo que posteriormente seja modificada. É um direito subjetivo do investigado. É conhecida a opinião abalizada de Roberto Lira Filho, citado por Jayme Gomes Franco: “A autoridade policial que pretendesse exercer as suas atribuições, sem classificar as infrações penais, degradaria a própria função, num jogo de cabra-cega”<sup>7</sup>. Especialmente alguns delitos militares sequer são do conhecimento corrente do cidadão comum, como por exemplo, ingresso clandestino e uso indevido de uniforme.*

<sup>6</sup> Jornal O Globo. *Indiciamento tira mancha do Exército*.

<sup>7</sup> FRANCO, Jayme Gomes. *Da Classificação do Delito no Inquérito Policial*. In Revista Vox Legis. São Paulo: Ago 1980, vol. 140, p. 55.

## VI. CONCLUSÕES

Próximo de completar 110 anos, o IPM necessita ser revisto. Doutrinadores e profissionais do direito concordam sobre a necessidade de simplificação do inquérito. Sobrevive, ainda, excessivo formalismo, apego injustificável a burocracia e a rotina cartorial. Há necessidade de sofisticação das atividades de polícia judiciária através da profissionalização dos quadros, investimento em tecnologia e laboratórios, maior ligação com o Ministério Público e a Justiça Militar.

***Péricles Aurélio Lima de Queiroz,***  
***subprocurador-geral da Justiça Militar***



# MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

## Procurador-geral de Justiça

Rodrigo César Rebello Pinho

## Corregedor-geral do Ministério Público

Carlos Henrique Mund

### Conselho Superior do Ministério Público

Rodrigo César Rebello Pinho  
(presidente)  
Carlos Henrique Mund  
Antônio Ferreira Pinto  
Evelise Pedroso Teixeira Prado Vieira  
Herberto Magalhães da Silveira Jr.

João Francisco Moreira Viegas  
José de Arruda Silveira Filho  
José Luís Alicke  
Mário de Magalhães Papaterra Limongi  
Paulo Maria Spina  
Tiago Cintra Zarif

### Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça

#### Membros Natos

José Roberto Garcia Durand  
Luiz Cesar Gama Pellegrini  
Herberto Magalhães da Silveira Júnior  
René Pereira de Carvalho  
Francisco Morais Sampaio  
José Ricardo Peirão Rodrigues  
José Roberto Dealis Tucunduva  
Oswaldo Hamilton Tavares  
Fernando José Marques  
Irineu Roberto da Costa Lopes  
Regina Helena da Silva Simões  
Roberto João Elias  
Claus Paione  
José de Arruda Silveira Filho  
Thiers Fernandes Lobo  
Álvaro Augusto Fonseca de Arruda  
Pedro Franco de Campos  
Gabriel Eduardo Scotti  
José Luiz Abrantes  
Antonio Visconti

#### Membros Eleitos

Júlio César de Toledo Piza  
Maria Aparecida Berti Cunha  
Eliana Montemagni  
Marilisa Germano Bortolin  
Walter Paulo Sabella  
Dráusio Lúcio Barreto  
Franco Caneva Júnior  
Hideo Osaki  
Daniel Prado da Silveira  
Máximo Alves Barbosa Filho  
Antonio Carlos Fernandes Nery  
Nelson Lacerda Gertel  
Maria do Carmo Ponchon da Silva Purcini  
Vercingetorix de Castro Garms Júnior  
Rubem Ferraz de Oliveira  
Maria Cristina Barreira de Oliveira  
Irineu Penteado Neto  
José Benedito Tarifa  
Herman Herschander  
Jorge Luiz Ussier

### Conselho do Centro de Estudos e Aperfeiçoamento Funcional

Rodrigo César Rebello Pinho  
Carlos Henrique Mund  
Maria Cristina Barreira de Oliveira  
José de Arruda Silveira Filho

Paulo Hideo Shimizu  
Márcio Fernando Elias Rosa  
Haraldo César Bianchi  
Luís Daniel Pereira Cintra

### Congregação da ESMP

Luís Daniel Pereira Cintra (presidente)  
Antonio Carlos da Ponte  
Célio Parisi  
David Cury Júnior  
Edgard Moreira da Silva  
Eduardo Martines Júnior  
Eliana Passarelli  
Isa Gabriela de Almeida Stefano  
José Carlos Mascari Bonilha  
José Marcelo Menezes Vigliar  
Lídia Helena Ferreira da Costa Passos  
Luiz Antonio de Souza

Luiz Roque Lombardo Barbosa  
Maria Amélia Nardy Pereira  
Nelson Gonzaga  
Oswaldo Henrique Duek Marques  
Oswaldo Luiz Palu  
Oswaldo Peregrina Rodrigues  
Rita de Cássia Souza Barbosa de Barros  
Ronaldo Porto Macedo  
Sérgio Seiji Shimura  
Suely Amici Pereira  
Vidal Serrano Nunes Júnior  
Wallace Paiva Martins Júnior