Revista do Ministério Público Militar

Brasília - DF

2015

República Federativa do Brasil
Ministério Público da União
Ministério Público Militar

Procurador-Geral da República
Rodrigo Janot Monteiro de Barros

Procurador-Geral de Justiça Militar
Marcelo Weitzel Rabello de Souza

Vice-Procurador-Geral de Justiça Militar
Roberto Coutinho

Coordenador da Câmara de Coordenação e Revisão do MPM
Péricles Aurélio Lima de Queiroz

Corregedora-Geral do MPM
Herminia Celia Raymundo

Conselho Editorial

Clementino Augusto Ruffeil Rodrigues
Procurador de Justiça Militar – Coordenador

Péricles Aurélio Lima de Queiroz
Subprocurador-Geral de Justiça Militar

Jorge Augusto Caetano de Farias
Promotor de Justiça Militar

Selma Pereira de Santana
Promotora de Justiça Militar

Romana de Castro
Secretária-Executiva

Revista do Ministério Público Militar

Ano XL - Número 25 - Novembro de 2015

Brasília - DF

Revista do Ministério Público Militar

Uma publicação do Ministério Público Militar

Procuradoria-Geral de Justiça Militar
Setor de Embaixadas Norte, lote 43
CEP: 70800-400
Brasília - DF
Telefone: (61) 3255-7308
Homepage: http://www.mpm.mp.br

Copyright © 2011. Todos os direitos autorais reservados.

Projeto Gráfico: Conselho Editorial do MPM
Capa: Alessandra Duarte
Revisão: Romana de Castro

Tiragem: 1.500 exemplares

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

Revista do Ministéro Público Militar. – Ano 1, n.1 (1974) – ano 40, n. 25 (nov. 2015). – Brasília : Procuradoria-Geral de Justiça Militar, 1974–

Anual

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

ISSN 0103-6769

I - Brasil. Ministério Público Militar

Prefácio

O Ministério Público Militar lançou a primeira edição de sua revista em 1974, intitulada Revista do Direito Militar, sob a direção do procurador--geral Ruy de Lima Pessôa. A partir de 1984, o título da revista passou a ser Revista do Ministério Público Militar, que é a sua atual denominação.

Durante todos esses anos, o compromisso da Revista do MPM tem sido o de levar ao seu público-alvo informações, inovações e experiências, no ramo do Direito Militar. Posteriormente, com a aprovação de seu Regimento Interno, incluiu-se nesse rol o Direito Internacional e o Direito Público, áreas cada vez mais importantes nos cenários nacional e internacional, e nas quais a participação do MPM se faz progressivamente ativa.

Por essas razões, eu estou convencido de que o nosso objetivo com este periódico é sempre alcançado, a cada edição, pois integra as personalidades da Justiça Militar em torno de ideias e visões que ajudam a comunidade científica desses campos do saber a moldar o futuro intelecto de suas instituições.

Em nome de todos que contribuíram para esta edição de número 25, aproveito para renovar o convite aos pesquisadores, no sentido de que continuem enviando seus trabalhos, de modo a sempre cooperarem para o sucesso deste veículo de disseminação contínua dos assuntos afetos à Justiça Militar e suas instituições.

Marcelo Weitzel Rabello de Souza
Procurador-Geral de Justiça Militar

Editorial

Esta 25ª edição da Revista do Ministério Público Militar, que completa 41 anos, traz mais uma contribuição aos estudiosos e interessados nas áreas do Direito Militar, do Direito Público e do Direito Internacional, campo vasto para pesquisas, diante do seu grau de importância, cada vez mais contextualizado nas pautas de discussões dos países do mundo todo.

Neste ano prestamos homenagem aos fundadores deste periódico, membros e servidores, que tal como ocorre hoje, dedicaram-se ao estímulo do conhecimento: o procurador-geral Ruy de Lima Pessôa (1971-1977), diretor responsável e fundador; e uma equipe composta pelo subprocurador-geral Milton Menezes da Costa Filho (coordenador-geral) e pelos servidores Sarah Oberman (chefe de redação), Orilândio de Souza Ramos, João Edgar de Navoais e Edemir Magalhães Glória (corpo técnico) e Manoel Maurício de Araújo (operador).

Vale destacar a variedade dos temas escolhidos, que tratam desde as garantias constitucionais e processuais do APFD a crimes em licitações e contratos, passando pelo Direito Internacional quanto à legitimidade do uso da força nos casos de conflitos. Essa diversidade aprimora o conhecimento dos pesquisadores, disseminando informações, até o momento, pouco divulgadas em nossa comunidade científica.

Outro ponto relevante é verificar que a atuação do Ministério Público Militar e da Justiça Militar como um todo se faz presente em diversas situações e avança cada vez mais rapidamente em novas questões, fazendo-se presente em importantes encontros e discussões que visam ao aprimoramento dos trabalhos jurídicos em busca de um mundo mais sensato e voltado à valorização do ser humano. Aqui a palavra “mundo” foi utilizada, porque a representação desses organismos mencionados não se faz somente no Brasil, mas também em eventos internacionais

como a Conferência Anual da Associação Internacional dos Centros de Treinamento de Operações de Manutenção da Paz, da qual o MPM participou.

Nesse sentido, o Conselho Editorial do MPM espera contribuir com mais uma edição voltada à reflexão sobre as responsabilidades das instituições designadas à defesa da Justiça Militar, suas promessas, seus desafios, suas soluções, enfim todas as características que contribuírem para evolução dessa área científica. Aos estudiosos, aos pesquisadores, aos leitores em geral que estão à procura de novos conhecimentos, uma boa leitura!

Conselho Editorial

Sumário

- **Visão crítica sobre a Polícia Judiciária Militar**
  Antônio Pereira Duarte
  José Carlos Couto de Carvalho **11**

- **Do delito militar de porte e uso de drogas e suas repercussões à luz dos princípios penais da especialidade e insignificância**
  Cássius Antônio Barbosa Ramis **37**

- **Audiência da discórdia: uma abordagem sobre a implantação do Projeto Audiência de Custódia nas justiças Comum e Militar**
  Denise Martins Castro Rosa **69**

- **Princípio da Vedação à Proteção Deficiente: uma proposta de aplicação ao CPM**
  Fernando Hugo Miranda Teles **89**

- **A justiça de transição no Brasil: perspectivas, normatização e efetividade**
  Marcos José Pinto **121**

- **Forças Armadas na CRFB/88: função militar, hierarquia e disciplina e especificidades do regime jurídico militar**
  Ranna Rannuai Rodrigues Silva **169**

- **O Direito Internacional e a legitimidade do uso da força**
  Renaldo Silva Ramos de Araujo **207**

■ **Garantias constitucionais e processuais do auto de prisão em flagrante delito militar: a delegação e a homologação, os vícios que invalidam a prisão e a decisão de não prender**
Ronaldo João Roth **237**

■ **Crimes em licitações e contratos no âmbito das Forças Armadas: reflexões sobre a atual tipificação legal**
Verônica Freitas Rodrigues Alves **301**

Visão crítica sobre a Polícia Judiciária Militar

Antônio Pereira Duarte
Procurador de Justiça Militar
Conselheiro Nacional do MP

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

Um saber crítico é inquestionavelmente um esforço para "fazer aparecer o invisível", no dizer de Michel Miaille, na obra Uma Introdução Crítica ao Direito, trad. A. Prata, Braga, 1979, Editora Moraes ou as "funções encobertas", na visão de Alberto L. Warat e de Eduardo A. Russo, in Interpretación de La Ley, Buenos Aires, 1987, Ed. Abeledo Perrot.

RESUMO: O modelo de polícia judiciária militar que foi acolhido pelo Código de Processo Penal Militar de 1969 não condiz com os postulados constitucionais vigentes, nem oferece a necessária segurança aos órgãos especializados incumbidos da aplicação da lei penal militar, por se distanciar de uma investigação técnica somente possível de ser concretizada por uma polícia científica. A enorme gama de ocorrências e questões complexas, controversas ou de difícil elucidação, reclama da Polícia Judiciária acurado preparo técnico e visão especializada da ciência investigativa. Torna-se, por conseguinte, imprescindível uma mudança de paradigma, a fim de melhor adequar

a instituição aos avanços das técnicas de investigação, numa almejada busca de eficiência.

PALAVRAS-CHAVES: Polícia Judiciária Militar. Críticas. Pontos controversos. Atuação. Perspectivas.

ABSTRACT: The military judicial police model that was upheld by the Military Criminal Procedure Code of 1969 does not match the existing constitutional postulates, nor does it provide the necessary security for the specialized agencies responsible for the application of the military criminal law, by distancing itself from a skilled investigation that can only be achieved by a scientific police. The huge range of events and complex issues, controversial or difficult to solve, complain of Judicial Policy accurate technical preparation and specialized view of investigative science. Consequently, it is essential a paradigm shift in order to better adapt the institution to the advances in technical investigation in a desired search for efficiency.

KEYWORDS: Military Judicial Police. Criticism. Controversial points. Performance. Prospects.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Trato constitucional e infraconstitucional ao modelo brasileiro de polícia judiciária militar – 3. Pontos controversos e/ou relevantes da atuação da Polícia Judiciária Militar – 4. Conclusões.

1 INTRODUÇÃO

A Polícia Judiciária Militar brasileira é instituição prevista no Código de Processo Penal Militar de 1969, funcionando desde tão remota

data, sem qualquer estruturação técnica ou científica, que conferisse a desejável qualificação ao órgão.

O Código de Processo Penal Militar, por sua vez, já se encontra em completa dessintonia com os novos contornos do processo penal, que se têm sustentado nos princípios garantistas contemplados na Carta de 1988.

Os dispositivos do vetusto CPPM necessitam, destarte, ser cotejados com o vigente arcabouço constitucional e outras normas ordinárias, que passaram a dar tratamentos distintos para institutos processuais previstos naquele digesto especial.

Em razão disso, não há como não se glosar criticamente inúmeras de tais regras e institutos, procurando interpretá-los à luz desses novos postulados, sempre tendo o cuidado de não ferir a índole peculiar do processo penal militar.

É dentro desse contexto, que se abordará, no presente texto, primeiramente o modelo de Polícia Judiciária Militar adotado pelo Brasil, e, em seguida, alguns pontos polêmicos de sua atuação, especialmente em face do sistema constitucional surgido em 1988 e dos regramentos previstos em leis posteriores ao Código de Processo Penal Militar de 1969.

2 TRATO CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL AO MODELO BRASILEIRO DE POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR

Sobre as atribuições da Polícia Judiciária no Brasil, a Constituição Federal estabelece:

> Art. 144. [...]
> § 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:
> I – apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como ouras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei.
> [...]
> IV – exercer, com exclusividade as funções de polícia judiciária da União.
> [...]
> § 4º Às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares. (Grifos nossos).

Nota-se, de pronto, que a Constituição Federal atribui, expressamente, o poder de polícia judiciária tão somente à polícia federal (art. 144, § 1º, I e IV) e às polícias civis (art. 144, § 4º). Todavia, ao estabelecer as atribuições de polícia judiciária para as polícias civis, a Constituição da República ressalvou a competência da União, fazendo menção expressa às funções de polícia judiciária e à apuração de infrações penais, excetuando as militares.

A primeira e inexorável ilação a se extrair do cotejo dos referenciados dispositivos constitucionais é a de que se restou ressalvada, para a apuração das infrações penais, a competência da União e das infrações militares; está claro que deixou a cargo do legislador ordinário a tarefa de regulamentar a polícia judiciária militar.[1] E nisso já se pode

[1] RIBEIRO (2003: 2006) esclarece que "mesmo renunciando a uma interpretação sistemática, inviabilizada pela falta de cuidados técnicos na produção dos textos que envolvem o tema, houve uma novidade na Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993: usou-se a expressão *polícia judiciária militar*, que por estar sujeita ao controle

antecipar uma primeira crítica, visto que seria de bom alcance que o constituinte tivesse tido a preocupação, até pelo detalhismo com que se houve em muitas passagens do texto maior, em também explicitar, minimamente que fosse, a existência da polícia judiciária militar e suas atribuições. Não o fazendo, abriu margem para que, mediante o instituto da recepção e ante a ausência de uma iniciativa legislativa infraconstitucional posterior à Carta de 1988, se adotasse o vetusto modelo constante do Código de processo penal militar de 1969.

E tal situação realmente não se afigura a mais adequada por vários fatores, os quais serão mais bem esmiuçados ao longo do presente texto. Numa primeira abordagem, observa-se que a estrutura de polícia judiciária delineada no CPPM até poderia ter alcance satisfatório, mas dependeria sobretudo de ter uma estrutura técnica e profissional, nos moldes de uma Polícia Federal. Da forma como se encontra, o que se observa é um modelo sem uma organização fixa, desprovido de uma direção e sem qualquer planejamento. Em tal cenário, não há objetivos traçados e nem rumos a serem perseguidos, como, por exemplo, um desejável aprimoramento ou domínio das técnicas investigativas contemporâneas.[2]

do Ministério Público Militar Federal é polícia judiciária para as Forças Armadas, sem uma correspondente previsão constitucional. Não há, na Constituição, uma *Polícia Judiciária Militar*" (grifos no original).

[2] Não por outra razão, FREYESLEBEN (1193: 41) nos alerta sobre o escopo da Polícia Judiciária, aduzindo que "par da polícia preventiva, ostensiva, que se empenha vigilantemente em proteger a sociedade e seus membros, assegurando direitos, evitando prejuízos, prevenindo delitos e mantendo a ordem e a paz pública, nasceu uma nova modalidade de polícia – a judiciária – com a finalidade de descobrir e perseguir criminosos que não foram contidos pelo policiamento ostensivo, colher provas, proceder a perícias, inquirir pessoas, tudo concorrendo para que a Justiça possa atuar". Dada sua importância, a polícia judiciária não pode ser exercida por quem não reúna os predicados necessários, especialmente formação técnica e jurídica, tanto assim que, no âmbito da Polícia Civil, o cargo de delegado passou a figurar como carreira jurídica, conforme disposto na Lei 12.830, de 20 de Junho de 2013. Aliás, colhe-se do art. 2º da precitada norma, que "as funções de polícia judiciária

A prevalecer tão improvisado modelo, cada vez mais se torna imprescindível a atuação de controle do Ministério Público, que sequer pode dialogar com um profissional com formação técnico-profissional apto ao exercício da atribuição investigatória, tendo que praticamente conduzir a investigação nos seus mínimos aspectos.

E esse quadro se mostra incompatível naturalmente com o próprio arcabouço constitucional vigente, que previu um ramo especializado do Ministério Público da União como titular das ações penais militares e uma Justiça especializada para processar e julgar os crimes militares, tudo levando a crer que, infelizmente, o Constituinte unicamente se deslembrou da fixação de uma Polícia Judiciária Militar, já que a tônica de suas preocupações parece ter sido no sentido de prestigiar a especialização dos órgãos.

Convém observar, pela importância para a configuração dos crimes militares que, refletindo no âmbito de abrangência da Polícia Judiciária Militar da União, o nem sempre lembrado art. 109 da Constituição da República estabelece:

> Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:
> I – [...]
> II – [...]
> III – [...]
> IV – os crimes políticos e as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral." (Grifos nossos).
> IX – os crimes cometidos a bordo de navios e aeronaves, ressalvada a competência da Justiça Militar. (Grifos nossos).

---

e a apuração de infrações penais exercidas pelo delegado de polícia são de natureza jurídica, essenciais e exclusivas de Estado". Houve, pois, uma evolução normativa, no sentido de reconhecer aos delegados de polícia, a condição de integrantes de uma carreira jurídica e ainda de que suas funções são de índole jurídica. O mesmo não ocorre com os titulares da polícia judiciária militar, que sequer necessitam ter formação jurídica, em notável prejuízo das investigações que promovem.

Mais uma vez, não há referência à Polícia Judiciária Militar, dando-se a entender, portanto, que a vigente Constituição reservou ao legislador ordinário a atribuição para regular, editar normas e delimitar o exercício do referido órgão de investigação.

3 PONTOS CONTROVERSOS E/OU RELEVANTES DA ATUAÇÃO DA POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR

No bojo do Código de Processo Penal Militar, não são poucos os dispositivos que geram dificuldades interpretativas.

Nesse sentido, discute-se, por exemplo, quanto à taxatividade ou não do rol inserto no art. 8º do CPPM. Todavia, como é do conhecimento de todos, a atual regulamentação da polícia judiciária militar está contida não só no CPPM como também em vários diplomas legais. Em consequência, entremostra-se bizantina a discussão sobre a taxatividade ou não do art. 8º do CPM.

Nesse giro crítico acerca da polícia judiciária militar, há de se tecer certas considerações sobre alguns dispositivos que não foram recepcionados pela Constituição Federal e outros, que podem ser reputados inconstitucionais.

Destarte, tomando como ponto de partida a denominada Lei de Segurança Nacional, Lei 7.170, de 14 de dezembro de 1973, já se pode antever algumas particularidades dignas de notas. Veja-se, por exemplo, a questão da competência para instauração de inquérito:

> Art. 31. Para a apuração de fato que configure crime previsto nesta Lei, instaurar-se-á inquérito policial, pela Polícia Federal:

> I – de ofício;
> II – por requisição do Ministério Público;
> III – mediante requisição de autoridade militar responsável pela segurança interna;
> IV – mediante requisição do Ministro da Justiça.
> Art. 32. Será instaurado inquérito Policial Militar se o agente for militar ou assemelhado, ou quando o crime:
> I – lesar patrimônio sob administração militar;
> II – for praticado em lugar diretamente sujeito à administração Militar ou contra militar ou assemelhado em serviço;
> III – for praticado nas regiões alcançadas por decretação do estado de emergência ou do estado de sítio.

Nos referidos artigos legais, é de se aferir que se o crime for praticado nas circunstâncias dos incisos I, II e III, pode até ser instaurado um IPM, mas não com fulcro da Lei de Segurança Nacional, mas com fundamento no CPPM, pois só a apuração dos fatos poderá ensejar a conclusão de que se trata de crime de natureza militar ou não.

Importante observar é que a própria Lei 7.170/73 admite a possibilidade de um conflito aparente entre a referida Lei, o Código Penal, o Código Penal Militar e outras leis especiais, quando estabelece:

> Art. 2º. Quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para a aplicação desta lei:
> I – a motivação e os objetivos do agente;
> II – a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior.

Aqui vale o registro de que os bens jurídicos mencionados no artigo anterior e, portanto, foco da tutela penal, são a integridade territorial

ou o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito, bem como a pessoa dos chefes dos Poderes da União.

Com a promulgação da Lei nº 9.299/1996, antes da redação dada pela Lei nº 12.432/2011, o parágrafo único do art. 9º do CPM passou a estabelecer: "[…] Paragrafo único: Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida, praticados contra civil, serão de competência da justiça comum".

Como é do conhecimento de todos, posteriormente, pela Lei nº 12.432/2011, foi introduzida a seguinte ressalva: "[...] salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica)".

Todavia, a referida Lei nº 9.299/96 não retirou a atribuição da Polícia Judiciária Militar para apurar tais crimes (crimes dolosos contra a vida praticados contra civil), tanto assim que o § 2º do art. 82 do CPPM, também introduzido pela supramencionada lei, passou a determinar a remessa dos autos do IPM para a Justiça Comum nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, como podemos observar da redação dada pela Lei em comento ao citado § 2º do art. 82, *in verbis*:

> Art. 82 [...]
> § 1º [...]
> § 2º Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum.

Contudo, nos casos concretos, a distinção das hipóteses de dolo eventual das de culpa consciente é uma das mais duvidosas e

controvertidas questões do Direito Penal, como afirmam alguns, e de difícil prova, como dizem outros.

A propósito, em torno da matéria, ZAFFARONI et PIERANGELI (1997: 502) sustentam que o limite entre o dolo eventual e a culpa com representação "é um terreno movediço, mais no campo processual do que no penal". (Grifos nossos).

Um pouco antes da sanção da Lei nº 9.299/1996, tivemos a oportunidade de sustentar a nossa preocupação sobre o tema, considerando que o então Projeto de Lei fazia menção a crimes dolosos contra a vida para estabelecer a competência de crimes praticados por militares.

Dias antes da sanção da referida Lei, já se podia antever as dificuldades que surgiriam em face dos termos daquele Projeto de Lei que atribuía competência à justiça comum para processar e julgar os crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis.

Na ocasião, também era discutida a própria constitucionalidade do Projeto. De fato, não seriam poucas as questões que surgiriam no contexto da *comunis opinium doctorum*, notadamente, a possibilidade de se distinguir, antes da instrução criminal, a natureza do fato penal: se crime doloso ou crime culposo, principalmente quando a hipótese está na tênue fronteira que separa o dolo eventual da culpa consciente.

Exemplificamos com a citação de alguns casos concretos decorrentes de disparos de arma de fogo, como o ocorrido em uma capital do Nordeste, que decorreu de um disparo de uma peça de artilharia que estava em uma Praça em frente ao Palácio do Governo do Estado.

Mencionamos, entre outras, a hipótese de um militar que estava fazendo ginástica segurando nas grades de uma janela de uma Unidade Militar. Embaixo, um colega de caserna, de brincadeira, fingia que iria penetrá-lo com uma baioneta. O ginasta caiu e sofreu gravíssimas lesões decorrentes daquela pândega.

Aduziu-se que a configuração do dolo eventual ou da culpa consciente, independentemente dos crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis, também poderia ensejar a identificação ou não de um crime de natureza militar.

Foram lembrados os exemplos que poderiam configurar um concurso de crimes envolvendo a jurisdição militar e a comum, na hipótese de multiplicidade de vítimas, como o caso de um militar da ativa que, embora tenha o desiderato de matar outro militar da ativa, dispara a arma, atinge o seu desafeto e com dolo eventual também mata um civil, ensejando o reconhecimento de um concurso de crimes, sendo um militar e outro comum.

Demonstrou-se, ainda, que, mesmo no caso de configuração do crime militar inconteste, na complexa fronteira entre o dolo eventual e a culpa consciente, muitas vezes a dúvida surge quanto à classificação do ilícito que deve ser imputado ao agente, e, portanto, com muito mais razão a dificuldade surgiria se se dependesse da análise do elemento subjetivo para a configuração ou não de um crime militar.

No citado caso da baioneta, por exemplo, seria dolo eventual ou culpa consciente?

Se culpa consciente, o enquadramento do agente seria no art. 210 do CPM (lesões culposas). Se dolo eventual, no art. 209, § 2°, do CPM (lesões gravíssimas), e, se a vítima fosse civil e configurasse um crime contra a vida, ensejaria, na dúvida, um conflito de competência entre a Justiça Militar Federal e o Tribunal do Júri.

Observou-se, finalmente que, o item 4 da Exposição de Motivos do CPM esclarece:

> [...] O conceito de crime militar continuou *ex vi legis* segundo o modelo do Código vigente, com os aperfeiçoamentos resultantes de doutrinas mais modernas e da construção jurisprudencial de nossas cortes de Justiça Militar. Entretanto, não se faz distinção entre as modalidades dolosa e culposa de um crime, para a sua conceituação de crime militar ou comum. Nunca o elemento subjetivo importará, pelo reconhecimento da culpa em lugar do dolo, na descaracterização do crime militar. (Grifos nossos).

Posteriormente, o então Estado-Maior das Forças Armadas encaminhou ao Governo, pelos canais competentes, as críticas sobre o Projeto de Lei e, diante das ponderações feitas por aquele órgão, o Presidente da República, embora tendo sancionado a Lei n° 9.299/1996, fez chegar uma Mensagem ao Congresso Nacional, excluindo a aplicação daqueles dispositivos do âmbito da Justiça Militar Federal.

Tais críticas ecoaram na Justiça Militar de São Paulo, como se pode entrever do excerto transcrito no Acórdão da 1ª. Turma do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, prolatado no RES nº 1.021/2012, do qual foi relator o juiz Fenando Pereira, *in verbis:*

> Como registro da perplexidade causada pela redação da Lei nº 9.299/96, José Carlos Couto de Carvalho, Subprocurador-Geral da Justiça Militar, em artigo intitulado 'Homicídios e lesões corporais decorrentes de disparos de arma de fogo: dolo eventual e culpa consciente", publicado na Revista de Direito Militar nº 85, set/out 2010, editada pela AMJME, observou que diante das críticas direcionadas ao referido texto legal, apenas treze dias após a sanção o Presidente da República encaminhou mensagem ao Congresso Nacional contendo o Projeto de Lei nº 2.314/96, que buscava alterar a Lei nº 9.299/96.

Consta, ainda, do precitado artigo jurídico, o seguinte e importante esclarecimento:

> Assim, pelo Presidente Fernando Henrique Cardoso foi encaminhado ao Congresso Nacional, em 20 de agosto de 1996, 13 dias após a sanção da Lei n° 9.299, de 7 de agosto daquele ano, o Projeto de Lei n° 2.314, alterando o parágrafo único do art. 9°, referindo-se apenas aos crimes de homicídios e lesões corporais cometidos contra civis por oficias e praças das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, e também modificando o § 2° do art. 82.

Na Exposição de Motivos do Projeto, o então ministro da Justiça Nélson Jobim, entre outras razões, observou, referindo-se à citada Lei n° 9.299/1996:

> 5. Convém esclarecer que, muito embora o projeto de lei acima referido estivesse eivado de imperfeições redacionais que, por si só, ensejariam seu desacolhimento, o fim por ela visado não permitiu que o Poder Executivo postergasse a solução desse problema, com o veto ao Projeto de Lei n° 2.801, de 1992, para o subsequente encaminhamento de outra propositura legislativa. 6. Por esse motivo, optou por apresentar projeto de lei corrigindo as inadequações

> tão logo entrassem em vigor as novas regras do Código Penal e de Processo Penal Militar.

A referida Exposição de Motivos, em outros itens, após questionar a constitucionalidade da Lei n° 9.299/1996, concluiu com referência à controvérsia que poderia surgir em decorrência da menção ao elemento subjetivo:

> 12. Além do mais, não foi prudente a lei, ao fixar a competência do Juízo em razão do elemento subjetivo da conduta, até mesmo porque, não se define de modo claro qual o momento processual em que isso ocorrerá e a quem caberá decidir sobre essa questão. Pela redação do § 2° do art. 82 do Código de Processo Penal Militar, pressupõe, inclusive, um pré-julgamento na fase do inquérito, o que poderá acarretar insegurança jurídica. 13. Acrescente-se, ainda, as consequências negativas que advirão da sentença que declarar ter o agente praticado o crime com culpa e, em decorrência disso, demonstrar a incompetência do Juízo.

Verifica-se, portanto, que o próprio governo que sancionou a norma reconheceu *a posteriori* as dificuldades da sua aplicação em face da análise do elemento subjetivo.

O referido Acórdão consagrou o entendimento de que compete à Justiça Militar, se for o caso, arquivar o IPM instaurado para apurar os crimes dolosos contra a vida, desde que presentes as circunstâncias que recomendem o referido arquivamento.

Voltando ao exame da não taxatividade do art. 8º e seguintes do CPPM, é de se analisar a disposição contida no art. 250 do citado Código, o qual, sobre a rubrica "prisão em lugar não sujeito à administração militar", estabelece, *in verbis*:

> Art. 250. Quando a prisão em flagrante for efetuada em lugar não sujeito à administração militar, o auto poderá ser lavrado por autoridade civil, ou pela autoridade militar do lugar mais próximo daquele em que ocorreu a prisão. (Grifos nossos).

Verifica-se, portando, que o legislador processual penal militar, no supramencionado artigo, dá, no caso de flagrante efetuado fora de lugar sujeito à administração militar, poderes de polícia judiciária militar à autoridade policial civil.

Apesar das inúmeras críticas que surgem da regulamentação da Polícia Judiciária Militar, não há como deixar de reconhecer uma das mais sábias e prudentes disposições que disciplina o instituto. Trata-se do disposto no 246 do CPPM, do seguinte teor:

> Se das respostas resultarem fundadas suspeitas contra a pessoa conduzida, a autoridade mandará recolhê-la à prisão, procedendo-se, imediatamente, se for o caso, a exame de corpo de delito, à busca e apreensão dos instrumentos do crime e a qualquer outra diligência necessária ao seu esclarecimento.

Por sua vez, o § 2º do art. 247 do CPPM, sob a rubrica "Relaxamento de prisão", estabelece:

> Se, ao contrário da hipótese prevista no art. 246, a autoridade judiciária militar ou judiciária verificar a manifesta inexistência de infração penal militar ou a não participação da pessoa conduzida, relaxará a prisão, Em se tratando de infração penal comum, remeterá o preso à autoridade civil competente. (Grifos dos autores).

Já o art. 248 do CPPM, prescreve:

> Em qualquer hipótese, de tudo quanto ocorrer será lavrado auto ou termo, para remessa à autoridade judiciária competente, a fim de que esta confirme ou infirme os atos praticados. (Grifos dos autores).

Cabe destacar a importância do referido dispositivo, citando como exemplo a tragédia do morro da providência, no Rio de Janeiro[3], que certamente não teria ocorrido, se a autoridade de polícia judiciária militar, no caso, o oficial de dia, ao qual foram apresentados os presos, tivesse procedido na forma do dispositivo em comento, não dispensando os executores da prisão e os detidos, sem antes cumprir as formalidades legais.

Suscitam também questionamentos as disposições constantes da LC 97/1999:

> Art. 16-A. Cabe às Forças Armadas, além de outras ações pertinentes, também como atribuições subsidiárias, preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias, atuar, por meio de ações pertinentes e repressivas, na faixa de fronteira terrestre, no mar e nas águas interiores, independentemente da posse, da propriedade, da finalidade ou de qualquer gravame que sobre ela recaia contra delitos transfronteiriços e ambientais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, executando dentre outras, as ações de (incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010):

[3] O fato, ocorrido em 14 de junho de 2008, refere-se à atuação de militares, então responsáveis pela vigilância no Morro da Providência, durante as reformas de casas no projeto federal cimento social, em que teriam prendido três jovens por suposto desacato, entregando-os, posteriormente, a traficantes do Morro da Mineira, de facções rivais, que os teriam torturado e assassinado com 46 tiros. Para o Ministério Público, os militares, ao assim procederem, tinham plena ciência de que os jovens seriam mortos, motivando a denúncia por homicídio.

> I – patrulhamento (incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010);
> II – revista de pessoas, de veículos terrestres, de embarcações e de aeronaves (incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010);
> III – prisões em flagrante delito (incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010).
> Parágrafo único: As Forças Armadas, ao zelar pela segurança pessoal das autoridades nacionais e estrangeiras em missões oficiais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, poderão exercer as ações previstas nos incisos II e III deste artigo. (Incluído pela Lei Complementar nº 136, de 2010). (Grifos nossos).

A seu turno, com a redação dada pela Lei Complementar nº 136, de 2010, o inciso VII do art. 18 da LC nº 97/1999, passou a estabelecer:

> Art. 18. Cabe à Aeronáutica, como atribuições subsidiárias particulares:
> I [...]
> VII – preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias, atuar, de maneira contínua e permanente, por meio de ações de controle do espaço aéreo brasileiro, contra todos os tipos de tráfego aéreo ilícito, com ênfase nos envolvidos no tráfico de drogas, armas, munições e passageiros ilegais, agindo em operações combinadas com organismos de fiscalização competente, aos quais caberá a tarefa de agir após a aterrissagem das aeronaves envolvidas em tráfego aéreo ilícito, podendo, na ausências destas, revistar pessoas, veículos terrestres, embarcações, aeronaves, bem como efetuar prisões em flagrante. (Grifos nossos).

Voltando ao exame crítico em relação à polícia judiciária militar, verifica-se que o legislador processual penal militar estabelece:

> Art. 391. Juntar-se-á aos autos do processo o extrato da fé de ofício ou dos assentamentos do acusado militar. Se o acusado for civil será junta a folha de antecedentes

> penais e, além desta, a de assentamentos, se servidor de repartição ou estabelecimento militar.
> Parágrafo único. Sempre que possível, juntar-se-á a individual datiloscópica do acusado. (Grifos nossos).

No entanto, ao enumerar as atribuições do encarregado do inquérito no seu art. 13, o CPPM, deixou de mencionar as destacadas medidas. É bem verdade que, se elas não forem efetivadas pelo encarregado do inquérito, deverão ser providenciadas de ofício pela autoridade judiciária ou provocadas pelo representante do Ministério Público Militar (CPPM, art. 391 e parágrafo único). Todavia, seria mais prudente que fossem tomadas logo durante a fase inquisitorial, portanto diretamente pela autoridade de polícia judiciária.

Válido observar, ainda, que a identificação criminal é tão importante que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu no seu art. 5°, inciso LVIII: "o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em Lei." (Grifos nossos).

Em consequência, a Lei nº 12.037, de 1° de outubro de 2009 (Dispõe sobre a identificação criminal do civilmente identificado, regulamentando o art. 5°, inciso LVIII, da Constituição Federal), que revogou a Lei n° 10.054, de 7.12.2000, prescreve nos seus arts. 1º e 2°:

> Art. 1°. O civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nos casos previstos nesta lei.
> Art. 2°. A identificação civil é atestada por qualquer dos seguintes documentos: I – carteira de identidade; II – carteira de trabalho; III – carteira profissional; IV – passaporte; V – carteira de identificação funcional; VI – outro documento público que permita a identificação do indiciado. Parágrafo único. Para as finalidades desta lei, equiparam-se aos documentos de identificação

> civis os documentos de identificação militares. (Grifos nossos).

Pode-se afirmar que a referida lei (Lei n° 12.037/2009) é aplicável no âmbito da Justiça Militar? A resposta é afirmativa, posto que a Constituição Federal, ao eximir da identificação criminal a pessoa civilmente identificada, excepcionou os casos previstos em lei. Ora, os casos mencionados na Lei nº 12.037/2009 constituem exatamente a ressalva constitucional.

A referida Lei no parágrafo único do art. 2º estabelece:

> Art. 2º [...]
> [...]
> Parágrafo único: Para as finalidades desta lei, equiparam-se aos documentos de identificação civis os documentos de identificação militares. (Grifos nossos).

Ademais, a referida Lei enumera, no seu art. 3°, exceções que podem ocorrer perfeitamente em um processo penal militar, como se pode apreender dos seus incisos, *in litteris*:

> Art. 3º. Embora apresentado documento de identificação, poderá ocorrer a identificação criminal quando:
>
> I – o documento apresentar rasura ou tiver indício de falsificação;
> II – o documento apresentado for insuficiente para identificar cabalmente o indiciado;
> III – o indiciado portar documentos distintos, com informações conflitantes entre si;
> IV – a identificação criminal for essencial às investigações policiais, segundo despacho da autoridade judiciária competente, que decidirá de ofício ou mediante representação da autoridade policial, do Ministério Público ou da defesa;

> V – constar de registros policiais o uso de outros nomes ou diferentes qualificações;
> VI – o estado de conservação ou a distância temporal ou da localidade da expedição do documento apresentado impossibilite a completa identificação dos caracteres essenciais. (Grifos nossos).

Incumbe ressaltar, ainda, que o parágrafo único do art. 391 do CPPM estabelece que "sempre que possível, juntar-se-á a individual datiloscópica do acusado", devendo, portanto, ser observado, no processo penal militar, o mandamento constitucional previsto no art. 5º, inciso LVIII, com as exceções previstas na Lei nº 12.037/2009.

Além da Lei n° 12.037/2009, a Lei n° 9.034, de 3 de maio de 1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, no seu art. 5° estabelece: "A identificação criminal de pessoas envolvidas com a ação praticada por organizações criminosas será realizada independentemente da identificação civil".

Por sua vez a Súmula nº 568 do STF possui o seguinte enunciado: "A identificação criminal não constitui constrangimento ilegal, ainda que o indiciado já tenha sido identificado civilmente".

Atualmente a doutrina afirma que a referida Súmula perdeu a razoabilidade, haja vista que a identificação criminal é exceção, sendo cabível quando ocorridas as circunstâncias elencadas no art. 3º da citada Lei nº 12.037/2009, observando-se também que o art. 5° da Lei n° 9.034/1995 determina a identificação criminal dos integrantes de organização criminosa mesmo que tenha ocorrido a identificação civil.

O CPPM estabelece que a individual datiloscópica deverá ser juntada sempre que possível. Qual seria o procedimento se não for impossível obter a individual datiloscópica? Deve ser feita a qualificação indireta, com a obtenção de dados existentes a respeito do indiciado ou acusado.

Sobre a questão, TOURINHO FILHO (2009: 96) tece a seguinte manifestação:

> […] e se o indiciado houver fugido? Nesse caso, à evidência, não será possível a identificação dactiloscópica. Ainda assim, cumpre à Autoridade Policial qualificá-lo indiretamente, isto é, colhendo de pessoas conhecidas ou de parentes dados a respeito da sua qualificação.

Também sobre a qualificação indireta, NUCCI (2011: 100) assinala o seguinte:

> Expressão "se possível": deve ser interpretada como a impossibilidade física de se realizar a identificação datiloscópica, pois à época da edição do Código de Processo Penal não havia qualquer proibição jurídica e constitucional para essa colheita. Assim, quando o indiciado estiver foragido, não será possível a coleta do material datiloscópico, procedendo-se, então, ao indiciamento indireto, contando a autoridade policial com os dados que possuía em seu poder.

À luz de tais escólios, parece ser razoável sustentar a aplicabilidade, no âmbito da Justiça Militar, dos dispositivos previstos na Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996 (INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS), observada a Resolução nº 59 do Conselho Nacional de Justiça, de 9/9/2008. Também a Lei nº 9.034/95, com a redação dada pela Lei. 10.217/2001 (que trata da interceptação ambiental).

Portanto, são muitas e inquietantes as questões que são suscitadas no cotidiano da atuação da polícia judiciária militar, as quais necessitam ser refletidas por profissionais com conhecimento apropriado, que possam sopesar as correntes hermenêuticas e adotar os parâmetros corretos, especialmente em respeito aos princípios e garantias constitucionais.

Em tal direção, vale acrescentar que a Polícia Militar do Distrito Federal instituiu uma Corregedoria de Polícia Judiciária Militar, dividida em departamentos e que tem atribuições para a apuração dos crimes militares, fixando-se várias instruções normativas sobre os procedimentos que devem ser adotados. Em consequência, seria adequado que, no âmbito da Polícia Judiciária Militar da União, na ausência de uma reestruturação mais ampla da instituição, fosse criado ao menos um órgão semelhante, devidamente adaptado às peculiaridades das Forças Armadas Brasileiras.

Nunca é demais recordar que, atualmente, o Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), órgão de controle administrativo, financeiro e disciplinar criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004, vem exercendo uma fiscalização contínua e permanente da atuação do Ministério Público brasileiro, inclusive no que tange ao controle externo da atividade policial, no que inclui a função de polícia judiciária, com a obrigatoriedade de visitas periódicas aos órgãos de investigação e perícia, havendo exigência do preenchimento de formulários próprios que se destinam a compor o banco de dados daquele órgão constitucional. Aliás, consoante estampado no art. 2º da Resolução 20/2007 do CNMP:

> O controle externo da atividade policial pelo Ministério Público tem como objetivo manter a regularidade

> e a adequação dos procedimentos empregados na execução da atividade policial, bem como a integração das funções do Ministério Público e das Polícias voltadas para a persecução penal e o interesse público.

Em razão disso, é de suma importância que o espectro de atuação da polícia judiciária militar esteja muito bem definido, tanto quando seu corpo técnico, a fim de que o Ministério Público possa exercitar, plena e eficazmente, o controle externo previsto na Constituição vigente.[4]

4 CONCLUSÕES

Nessa breve incursão crítica sobre a estrutura da Polícia Judiciária Militar e aspectos de sua atuação, o que se intentou foi, precipuamente, mostrar que o modelo precisa urgentemente ser revisitado.

E tal ilação se deve ao fato de que a Constituição surgida em 5 de outubro de 1988 trouxe novos paradigmas, entre os quais o de reconhecer a existência de um Ministério Público e de uma Justiça Militar especializados, de modo que seria de todo essencial que também houvesse a projeção de uma Polícia Judiciária especializada.

Infelizmente, não houve previsão constitucional nesse sentido, relegando-se ao legislador infraconstitucional a missão de explicitar um modelo de Polícia Judiciária Militar, que se ajuste às exigências dos novos tempos.

---

[4] É que, em última análise, como bem pontificado por DIANA (2013: 91), "o controle externo da atividade policial objetiva a *eficácia da atividade policial* e o *respeito aos direitos e garantias fundamentais*" (grifos do original).

O anacrônico modelo inserto no Código de Processo Penal Militar de 1969, que teria sido recepcionado pela Carta de 1988, parece não corresponder mais aos anseios institucionais tanto do Judiciário quanto do Ministério Público Militar, principalmente por não estar calcado em base estrutural técnica e científica, com evidente prejuízo para as investigações encetadas.

Nessa linha de consideração, urge a promoção de mudanças, seja para reestruturar o órgão, conferindo-lhe feição técnica e sentido de continuidade, com profissionais aptos à investigação científica, seja para que se dote a Instituição de uma Corregedoria, para acompanhar o trabalho desenvolvido por tal Polícia.

Forçoso reconhecer que, para o exercício eficiente da atividade de polícia investigativa, não basta apenas formação jurídica, sendo indispensável o conhecimento das boas técnicas de investigação, as quais exigem capacitação contínua, com a realização de cursos e submissão a treinamentos específicos.

Ademais, somente uma polícia com lastro jurídico e com experiência investigativa, poderá enfrentar as agruras da profissão, compreendendo as dificuldades decorrentes das interpretações dos princípios e normas jurídicas, especialmente quando fazem emergir garantias constitucionais, as quais não podem ser menoscabadas sob pretexto algum, sob pena de lançar nulidades sobre todo o trabalho desenvolvido.

Por outro ângulo e não menos importante nesse passo conclusivo é que, com o surgimento do Conselho Nacional do Ministério Público (CNMP), como órgão de controle externo do Ministério

Público, passou-se a acompanhar a atuação da Instituição em vários segmentos, inclusive no que tange às inspeções aos estabelecimentos prisionais e às visitas técnicas aos órgãos militares, com a exigência de preenchimento de formulários, a fim de se dimensionar o trabalho desenvolvido na área de investigação e perícias.

Por isso, também é de todo recomendável que as polícias judiciárias militares tenham estrutura passível de ser controlada, como quer a Carta vigente – art. 129, VII, de modo a possibilitar a tomada de medidas objetivando a celeridade da apuração, a eficácia na coleta das provas e o respeito às garantias fundamentais.

Da forma como está, definitivamente o modelo se distancia das balizas constitucionais que norteiam a atuação eficiente de tais órgãos, acarretando dificuldades para o bom cumprimento das atribuições do Ministério Público Militar.

REFERÊNCIAS

FREYESLEBEN, M. L. C. *O Ministério Público e a Polícia Judiciária*, 2. ed., Belo Horizonte: Livaria e Editora Del Rey, 1993.

MIAILLE, M. *Uma introdução crítica ao Direito*, trad. A. Prata, Braga: Editora Moraes, 1979.

NUCCI, G. S. *Código de Processo Penal Comentado*. 10. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

RIBEIRO, D. C. *Ministério Público:* dimensão constitucional e repercussão no processo penal. São Paulo: Editora Saraiva, 2003.

SALGADO, D. R. *et alii. Controle Externo da Atividade Policial pelo Ministério Público*. Salvador: Editora JusPodivm, 2013.

TOURINHO FILHO, F. C. *Manual de Processo Penal*. 11. ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

WARAT, A. L.; RUSSO, E. A. *Interpretación de La Ley*. Buenos Aires: Editora Abeledo Perrot, 1987.

ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

Do delito militar de porte e uso de drogas e suas repercussões à luz dos princípios penais da especialidade e insignificância

Cássius Antônio Barbosa Ramis
2º Tenente do Exército Brasileiro

RESUMO: O presente estudo visa a discorrer a respeito do delito militar de porte e uso de drogas, previsto no art. 290 do Código Penal Militar, e suas repercussões à luz da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal Militar, como Doutrinário, acerca da Inaplicabilidade do Postulado da Insignificância Penal, uma vez que existe uma flagrante incompatibilidade entre a figura do usuário de drogas e as Instituições Militares; e sobre a impossibilidade da incidência da Lei nº 11.343/2006 por força do Princípio da Especialidade, eis que a norma penal castrense é um regramento específico para os militares; entre outras questões atinentes ao tema.

PALAVRAS-CHAVES: Inaplicabilidade. Postulado da Insignificância Penal. Impossibilidade. Incidência. Lei nº 11.343/2006. Lei penal em branco. Delito. Art. 290 do Código Penal Militar.

ABSTRACT: This study aims to discourse about the military crime of possession and use of drugs, referred to in article 290 of the Military Penal Code, and its repercussions in the light of the jurisprudence of the Supreme Court and the Higher Military Court, as Doctrinal, on

the Non-applicability of the Criminal Bickering postulate, since there is a glaring mismatch between the drug user figure and the military institutions; and the impossibility of the incidence of Law nº 11.343 / 2006 under Specialty principle, behold, the military criminal standard is a specific ruling for the military; among other matters related to the theme.

KEYWORDS: Inapplicability. Postulate of Criminal Bickering. Impossibility. Incidence. Law 11343/2006. Criminal law blank. Crime. Article 290 of the Military Penal Code.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Tráfico, posse, ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar – 2.1. Da Lei 11.343/06 – 2.2. Do Artigo 290 do Código Penal Militar – 2.3. *Lex Tertia* – 3. Dos princípios – 3.1. Do Princípio da Subsidiariedade do Direito Penal Militar – 3.2. Dos princípios da Disciplina e Hierarquia – 3.3 Do Princípio da Especialidade – 3.4 Do Princípio da Insignificância – 4. Da inaplicabilidade do Princípio da Insignificância e da aplicabilidade do Princípio da Especialidade, quanto ao usuário de drogas à luz da legislação militar – 4.1 Da especialidade da legislação militar – 4.2 Da inaplicabilidade do Princípio da Insignificância na temática das drogas em âmbito militar – 5. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente estudo visa a discorrer a respeito do delito militar de porte e uso de drogas, previsto no art. 290 do Código Penal Militar, e suas repercussões à luz dos Princípios Penais da Especialidade e Insignificância.

Primeiramente, analisaremos as características essenciais do tráfico, posse ou uso de entorpecentes ou substância de efeito similar, sob o ponto de vista da Lei 11.343/06 e do Código Penal Militar – art. 290.

Em seguida passaremos ao estudo dos Princípios, analisando os Princípios da Subsidiariedade do Direito Penal Militar, Princípio da Disciplina e Hierarquia, Princípio da Especialidade, e Princípio da Insignificância.

E por fim, analisaremos a aplicação dos Princípios da Especialidade e Insignificância quanto ao usuário de drogas à luz da legislação penal militar, sob a ótica doutrinária e jurisprudencial.

2 TRÁFICO, POSSE OU USO DE ENTORPECENTE OU SUBSTÂNCIA DE EFEITO SIMILAR

Atualmente existem dois diplomas legais que regulamentam as medidas de prevenção e repreensão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica.

O primeiro deles é a Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, o qual inovou o ordenamento jurídico, ao tratar o assunto com uma diretriz mais sociológica do que penalista no que tange ao usuário.

Já o segundo, encontra-se no Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar – art. 290, inserindo em um mesmo tipo penal as figuras tanto do tráfico, como do usuário, utilizando como referência os artigos 12 e 16 da antiga lei de drogas – Lei 6.368/76.

Ambos dispositivos se encontram vigentes, pois a nova Lei de Drogas, em seu artigo 75, revogou de forma expressa apenas as Leis 10.409/02 e 6.368/76, assim, o artigo 290 do Código Penal Militar permanece íntegro e válido.

Sendo assim, passamos a uma análise mais aprofundada de cada um dos regulamentos supramencionados.

2.1 Da Lei 11.343/06

A Lei 11.343/06 institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas – Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas. Abraça duas tendências: a proibicionista, quanto à produção não autorizada e ao tráfico de entorpecentes; e, ao mesmo tempo, a prevencionista, no que tange ao usuário e dependente.

É justamente em relação ao dependente que se encontra a grande diferença entre os institutos em estudo, pois o legislador prevê três medidas educativas diversas da prisão, como sanções, em seu art. 28, dando ao tema um aspecto mais sociológico do que penal.

> Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas:
> I - advertência sobre os efeitos das drogas;
> II - prestação de serviços à comunidade;
> III - medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo [...].

Todavia, a política repressiva continuou a ser observada e incrementada quanto à produção não autorizada e o tráfico ilícito de drogas.

Nesse aspecto, podemos alertar que estamos diante de uma lei penal em branco própria (em sentido estrito ou heterogênea), já que é complementada por preceito administrativo (Portaria SVS/MS 344/98).

Além disso, observamos que o artigo 33 da atual lei de drogas, abaixo transcrito, é um delito de ação múltipla (ou conteúdo variado), pois existem vários núcleos verbais, e assim, mesmo que o agente pratique, no mesmo fato, mais de um núcleo, por força do Princípio da Alternatividade, responderá por um único delito.

> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
> Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa [...].

Por fim, a última característica que merece ser observada é que a figura do tráfico de drogas foi equiparada a hediondo, dando assim, o mesmo tratamento penal e processual penal. Contudo, não podemos considerá-lo hediondo, mas somente equiparado ou assemelhado, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da CFFB/88:

> XLIII - a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, <u>o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins</u>, o

> terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.

2.2 Do Artigo 290 do Código Penal Militar

O delito militar de porte e uso de drogas encontra amparo no artigo 290 do Código Penal Militar, do Título VI – Dos Crimes contra a Incolumidade Pública, Capítulo III – Dos Crimes Contra a Saúde, e se trata de crime comum, de tipo alternativo, admitindo tentativa, sendo de perigo abstrato, e o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, ou seja, estamos diante de um crime militar impróprio, e assim a lei o define:

> Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar
> Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacôrdo (*sic*) com determinação legal ou regulamentar:
> Pena - reclusão, até cinco anos.
> Casos assimilados
> 1º Na mesma pena incorre, ainda que o fato incriminado ocorra em lugar não sujeito à administração militar:
> I - o militar que fornece, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a outro militar;
> II - o militar que, em serviço ou em missão de natureza militar, no país ou no estrangeiro, pratica qualquer dos fatos especificados no artigo;
> III - quem fornece, ministra ou entrega, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a militar em serviço, ou em manobras ou exercício.

> Forma qualificada.
> 2º Se o agente é farmacêutico, médico, dentista ou veterinário:
> Pena - reclusão, de dois a oito anos [...].

Da mesma forma que a Lei 11.343/2006, a qual é uma norma penal em branco, esse artigo também utiliza o mesmo critério.

Nesse sentido, explica o ilustre doutrinador Jorge Cesar de Assis[1]:

> O art. 290 do CPM reintroduziu o critério da norma penal em branco. O caput do artigo é a norma de vigência comum, ao passo que a norma de reenvio ou complementar é a relação de substâncias entorpecentes ou capazes de determinar dependência física, expedidas pelo Serviço Nacional de Fiscalização de Medicina e Farmácia, do Ministério da Saúde. São conhecidas listas da DIMED-MS.
> A nova lista da Secretaria de Vigilância Sanitária foi editada pela Portaria 344, de 12.05.1998 [...].

Acarretando, dessa forma, uma controvérsia, justamente em relação à conjunção "ou" do art. 209 do CPM, referente à abrangência do complemento da norma penal em branco. De um lado, o Superior Tribunal Militar[2] entendeu que o emprego do conectivo estende de

---

[1] ASSIS, J. C. *Comentários ao Código Penal Militar: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempo de guerra,* 8. ed., Curitiba: Juruá, 2014, 849 p.

[2] "Entendimento firmado nesta Corte no sentido de que, embora não esteja incluída na Portaria 344/98-ANVISA como entorpecente, a 'cola de sapateiro' é substância que causa efeito semelhante, cuja consequência é determinar a dependência física/psíquica, como aliás restou concluído em laudo pericial. Diversamente da legislação comum, a redação do art. 290 do CPM contém um *plus* ao estabelecer que o tipo também se aperfeiçoa com a conduta de usar ou consumir substância que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar."

STM - HC: 2009020343865 MS 2009.02.034386-5, Relator: Francisco José da Silva Fernandes, Data de Julgamento: 26/5/2009, Data de Publicação: 23/6/2009.

maneira expressa a forma alternativa de interpretação, assim, toda e qualquer substância entorpecente incidiria no tipo penal em questão.

Nessa mesma linha, o Superior Tribunal Federal compartilhou este entendimento:

> CRIME MILITAR. SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE OU QUE DETERMINE DEPENDÊNCIA FÍSICA OU PSÍQUICA. REGÊNCIA ESPECIAL. O tipo previsto no artigo 290 do Código Penal Militar não requer, para configuração, o porte de substância entorpecente assim declarada por portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária. (STF RHC 98.323, Relator: Min. MARCO AURÉLIO, Data de Julgamento: 6/3/2012, Primeira Turma).

De outro lado, ao agir dessa forma, estaríamos ferindo o Princípio Constitucional da Legalidade, mais especificamente o subprincípio da Taxatividade, o qual estabelece que a norma penal deve ser clara, certa, e precisa.

Nesse mesmo diapasão, o doutrinador Jorge Cesar de Assis[3] ensina que o complemento do art. 290 é de natureza restrita, e alerta acerca da interpretação extensiva "*in malam partem*":

> Conquanto o art. 290 do CPM (de vigência comum) seja uma norma penal em branco, a norma de reenvio que o complementa é de natureza restrita, somente alcançando as substâncias que são elencadas como de uso proscrito pelas autoridades competentes deste imenso Brasil, não havendo espaço para interpretações extensivas *in malam partem*. (Grifo nosso).

[3] ASSIS, J. C. *Comentários ao Código Penal Militar:* comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempo de guerra., 8. ed., Curitiba: Juruá, 2014.861 p.

Outra questão referente ao tipo penal em tela é em relação à condição de o agente praticar o delito em lugar sujeito à administração militar. Por conseguinte, se algum militar de serviço praticar o delito de tráfico de drogas em área não militar, estaremos diante de um crime comum, previsto no art. 33 da lei 11.343/06, e a Justiça Comum será a jurisdição competente para apuração do delito.

Assim, nota-se imprescindível a condicionante de o agente que pratica o delito do *caput* do art. 290 estar em área sujeita a administração militar[4].

2.3 *Lex tertia*

Quando da análise do artigo 33 da lei 11.343/06, sempre surge a discussão acerca da combinação de leis penais – *lex tertia* – que seria a combinação de normas mais benéficas de leis diferentes, visto que, o magistrado estaria criando, assim, uma terceira lei.

Um exemplo foi a discussão jurisprudencial acerca da análise do art. 33, § 4º da atual lei de drogas e sua combinação com o art. 12 da antiga lei de drogas, resultando em diversos julgados em ambos sentidos. Por último, o Pleno do STF[5] e o STJ, vide súmula 501[6], entenderam pela vedação da combinação de leis.

---

[4] STJ - HC nº 92.882/RJ, 5ª Turma, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 2/12/2008.

[5] STF - RE: 600817 MS , Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 7/11/2013, Tribunal Pleno, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014.

[6] STJ, Súmula 501: "É cabível a aplicação retroativa da Lei n. 11.343/2006, desde que o resultado da incidência das suas disposições, na íntegra, seja mais favorável ao réu do que o advindo da aplicação da Lei n. 6.368/1976, sendo vedada a combinação de leis". (Grifo nosso).

E na mesma linha, segue o Código Penal Militar[7], ao deixar expresso que as leis, anteriores ou posteriores, devem ser consideradas separadamente, para reconhecer qual norma é a mais favorável ao caso concreto.

Desse modo, destacamos o entendimento do Superior Tribunal Federal com a mesma orientação, entendendo pela vedação do hibridismo quanto à combinação de leis, de uma parte composta pelo art. 290 do CPM, e o regime comum:

> No caso, o art. 290 do Código Penal Militar é o regramento específico do tema para os militares. Pelo que o princípio da especialidade normativo-penal impede a incidência do art. 28 da Lei de Drogas (artigo que, de logo, comina ao delito de uso de entorpecentes penas restritivas de direitos). Princípio segundo o qual somente a inexistência de um regramento específico em sentido contrário ao normatizado na Lei 11.343/2006 é que possibilitaria a aplicação da legislação comum. Donde a impossibilidade de se mesclar esse regime penal comum e o regime penal especificamente castrense, mediante a seleção das partes mais benéficas de cada um deles, pena de incidência em postura hermenêutica tipificadora de hibridismo ou promiscuidade regratória incompatível com o princípio da especialidade das leis. (STF, HC: 103684 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO, data de julgamento: 21/10/2010, Tribunal Pleno, data de publicação: DJe-070 DIVULG 12-4-2011 PUBLIC 13-4-2011).

3 DOS PRINCÍPIOS

Os Princípios correspondem à primeira fase da concretização dos valores jurídicos eleitos conforme os valores extraídos da sociedade,

[7] Art. 2 [...] §2° "Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato". (Grifo nosso).

assim, possuem uma hierarquia funcional, na medida em que são responsáveis pelo surgimento da maioria das normas, as quais deverão possuir sua interpretação e aplicação com base nos princípios.

Assim sendo, analisaremos os principais princípios que possuem influência na presente obra.

3.1 Do princípio da subsidiariedade do direito penal militar

O presente princípio se deve ao fato de que o Direito Penal Militar não se pode preocupar com lesões a quaisquer bens jurídicos, mas somente com as mais importantes e necessárias à vida em sociedade, ou seja, quando os outros ramos do direito, por exemplo, o direito administrativo militar, não se mostrem capazes de tutelar um bem jurídico relevante, neste caso, devemos nos utilizar do Direito Penal Militar.

Importante destacar que o presente instituto tende a proteger bens jurídicos como a hierarquia e a disciplina, o dever e o serviço militar, eis que o Direito Penal Comum não protege tais bens.

3.2 Dos princípios da Disciplina e Hierarquia

De acordo com a Constituição Federal, em seu artigo 142[8], dispõe-se que as Forças Armadas são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, e

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

destinadas à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

Logo, para o cumprimento dessa missão constitucional, houve uma institucionalização da Hierarquia e Disciplina, havendo uma normatização nesse sentido. Dessa forma, o Direito Administrativo Militar destaca o Estatuto dos Militares, a Lei de Serviço Militar e seu regulamento, os Regulamentos Disciplinares.

Nesse passo, é de todo oportuno trazermos à baila o entendimento do Ministro Ayres Britto acerca do assunto, quando da análise da inaplicabilidade do Princípio da Insignificância aos crimes militares:

> A hierarquia e a disciplina militares não operam como simples ou meros predicados institucionais das Forças Armadas brasileiras, mas, isto sim, como elementos conceituais e vigas basilares de todas elas. Dados da própria compostura jurídica de cada uma e de todas em seu conjunto, de modo a legitimar o juízo técnico de que, se a hierarquia implica superposição de autoridades (as mais graduadas a comandar, e as menos graduadas a obedecer), a disciplina importa a permanente disposição de espírito para a prevalência das leis e regulamentos que presidem por modo singular a estruturação e o funcionamento das instituições castrenses. Tudo a encadeadamente desaguar na concepção e prática de uma vida corporativa de pinacular compromisso com a ordem e suas naturais projeções factuais: a regularidade, a normalidade, a estabilidade, a fixidez, a colocação das coisas em seus devidos lugares, enfim. (STF - HC: 103684 DF, relator: Min. AYRES BRITTO, data de Julgamento: 21/10/2010, Tribunal Pleno, data de publicação: DJe-070 DIVULG 12-4-2011 PUBLIC 13-4-2011).

3.3 Do princípio da especialidade

Entendemos como norma penal especial, quando um tipo penal possui todos os elementos constantes da norma geral e acrescidos de mais alguns, sendo estes denominados de especializantes.

Para melhor compreensão, cito exemplo acerca do assunto, do Professor Fernando Capez[9]:

> É como se tivéssemos duas caixas praticamente iguais, em que uma se diferenciasse da outra em razão de um laço, uma fita ou qualquer outro detalhe que a torne especial. Entre uma e outra, o fato se enquadra naquela que tem o algo a mais.

Em uma visão mais prática, comentamos acerca do tráfico internacional de drogas, previsto no art. 33, c/c art.40, I, da Lei 11.343/06[10], e sua especialidade frente ao delito de contrabando, tipificado no art. 318[11], do Código Penal, por tratar de forma especifica sobre o tráfico de drogas, por esse motivo, prevalece sobre a norma geral.

Portanto, quando determinado regramento jurídico abordar determinado assunto de forma mais especifica, este deverá prevalecer sobre a norma genérica, que deixará de incidir sobre essa hipótese.

---

[9] CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal,* v. 1, parte geral (arts 1º ao 120), 15. ed, São Paulo: Saraiva, 2011. 90 p.

[10] Art. 40 da Lei 11.343 /2006:"As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: I - a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito".

[11] Art. 318 do Código Penal – Facilitação de contrabando ou descaminho. "Facilitar, com infração de dever funcional, a prática de contrabando ou descaminho (art. 334): Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa".

Finalizando a análise deste Princípio, destacamos que, quando do julgamento do conflito aparente de normas, não devemos levar em consideração a gravidade das penas, nem se uma norma é mais completa que outra, mas apenas observar quanto à especialidade da norma.

3.4 Do princípio da insignificância

O presente Princípio, também conhecido como criminalidade de bagatela, ou delito de lesão ínfima ou de mínima ofensividade, atua como causa excludente de tipicidade, ou seja, a conduta se torna atípica, em virtude da não afetação ao bem jurídico tutelado.

Os Tribunais Superiores[12] entendem que, para sua aplicação, devem ser preenchidos quatro vetores (requisitos) objetivos, de forma cumulativa, para afastar a tipicidade penal: a mínima ofensividade da conduta do agente, nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada.

Além disso, a doutrina inclui outros requisitos a serem averiguados, todavia, sob a ótica subjetiva: a situação econômica da vítima, o valor sentimental do bem, tal como as circunstâncias e resultado do delito.

Ademais, as condições pessoais da vítima também podem ser observadas, como ensina o Professor Davi André, ao comentar em seu livro acerca do assunto: "[...] mesmo que no plano abstrato

[12] STF - RHC: 96813 RJ , Relator: ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 31/03/2009, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-075 DIVULG 23-04-2009 PUBLIC 24-04-2009.

a lesão ao bem jurídico possa ser considerada ínfima, a condição vulnerável da vítima (em razão da idade[13], de sua condição física ou mental, econômica, entre outras) pode afastar o reconhecimento da atipificante".

Quanto às condições pessoais do agente, existem duas correntes: a primeira, no sentido de que a reincidência e os maus antecedentes impedem a aplicação do Princípio da Insignificância, todavia, a segunda, busca que a insignificância seja analisada frente ao fato, e não ao autor que cometeu o delito[14].

Sobre o assunto da aplicabilidade ou não do Princípio ora estudado, recentemente o Superior Tribunal de Justiça entendeu pela não aplicação, nos casos dos usuários de drogas[15].

No mesmo sentido, segue a jurisprudência dos Tribunais Superiores[16], julgando pela inaplicabilidade do Princípio da Insignificância do delito de Tráfico de Drogas, sob o argumento de se tratar de um crime de perigo abstrato contra a Saúde Pública.

Por fim, destacamos o entendimento do Supremo Tribunal Federal[17], quando da análise em relação aos delitos propriamente militares, que

[13] STJ - REsp: 835553 RS 2006/0079957-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 20/03/2007, T5 - QUINTA TURMA.
[14] STJ - HC 170.260, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 19/08/2010, T5 - QUINTA TURMA.
[15] STJ - RHC 43693/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, p. 02.09.2014.
[16] STF: HC 88.820-BA, DJ 19/12/2006; STJ: HC 155.391-ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, DJ: 02/09/2010.
[17] STF - HC: 108168 PE , Relator: Min. ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 19/08/2014, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-170 DIVULG 02-09-2014 PUBLIC 03-09-2014.

decidiu pela inviabilidade do Princípio supracitado, em virtude da relevância penal da conduta.

4 DA INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA E DA APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE, QUANTO AO USUÁRIO DE DROGAS À LUZ DA LEGISLAÇÃO MILITAR

O presente capítulo estudará a aplicação dos princípios da Especialidade e Insignificância frente à temática normativa das drogas à luz da legislação militar, especificamente sob o ponto de vista jurisprudencial e doutrinário.

4.1 Da especialidade da legislação militar

A Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006, inovou o ordenamento jurídico, ao normatizar uma abordagem mais sociológica do que penalista no que tange ao usuário. Por esse motivo, muitos doutrinadores e magistrados entenderam que essa lei teria tacitamente revogado o art. 290 do Código Penal Militar, por ser uma norma mais benéfica, uma vez que prevê três medidas educativas diversas da prisão como sanções.

Na opinião desses juristas, teria ocorrido uma *novatio legis in mellius*, a qual ocorre quando uma lei nova de qualquer modo beneficia o agente infrator, dessa forma, a nova legislação retroagirá, atingindo-o no caso concreto; neste caso, seria a aplicação do Princípio Constitucional da Retroatividade da Lei mais benigna, previsto no art. 5º, inciso XL, da CF[18].

[18] Art. 5º da CF."XL - a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu".

Nesse seguimento, comenta o professor Luiz Flávio Gomes, em artigo publicado na internet[19]:

> Por tal razão é que pensamos também (embora não seja este o objetivo do presente artigo) que o delito de porte de drogas capitulado no art. 290 do CPM foi tacitamente revogado pelo art. 28, caput, da Lei 11.343/06. O delito do artigo 290 do CPM está em total dissonância com a política legislativa atual, referente ao usuário de drogas. Aquele que coloca em perigo o bem jurídico, saúde pública, mas na condição de usuário e/ou dependente (não de traficante), é sancionado com medidas preventivas e educativas (art. 28, I a III da Lei de Drogas), não com pena de prisão.

Todavia, esse entendimento não parece prosperar nos Tribunais Superiores, pois compreendem que o art. 290 é um regramento específico para os militares, e, por conseguinte, não seria o caso de aplicarmos a lei supracitada. Portanto, resta claro que devemos fazer uso do Princípio da Especialidade, impedindo assim, a aplicação da legislação comum acerca do usuário de drogas em lugar sujeito à administração militar.

Sobre o tema, cito o entendimento do Ministro Ayres Britto:

> No caso, o art. 290 do Código Penal Militar é o regramento específico do tema para os militares. Pelo que o princípio da especialidade normativo-penal impede a incidência do art. 28 da Lei de Drogas (artigo que, de logo, comina ao delito de uso de entorpecentes penas restritivas de direitos). Princípio segundo o qual somente a inexistência de um regramento específico em sentido contrário ao normatizado na Lei 11.343/2006 é que possibilitaria a aplicação da legislação comum. (STF - HC: 103684 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO,

[19] GOMES, L. F.; MACIEL, S. *Porte de drogas no ambiente militar, princípio da insignificância e bem jurídico penal.*

> data de julgamento: 21/10/2010, Tribunal Pleno, data de publicação: DJe-070 DIVULG 12-4-2011 PUBLIC 13-4-2011).

Nesse sentido, o Superior Tribunal Militar consolidou seu entendimento pela não aplicação da lei 11.343/06, no âmbito da Justiça Militar da União, emitindo a Súmula 14: "Tendo vista a especialidade da legislação militar, a Lei nº 11.343, de 23 agosto de 2006, (Lei Antidrogas) não se aplica à Justiça Militar da União".

Assim, resta pacificado o assunto, perante os Tribunais Superiores, principalmente quanto ao Superior Tribunal Militar.

Nesse passo, trago à baila o recente voto do Ministro William de Oliveira Barros, ao analisar o assunto recentemente:

> APELAÇÃO. POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INCOMPATIBILIDADE COM OS DELITOS DE TÓXICOS NA JUSTIÇA CASTRENSE. RECEPÇÃO DO ARTIGO 290 DO CPM PELO TEXTO CONSTITUCIONAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 11.343/2006. AUSÊNCIA DE REVOGAÇÃO DA NORMA ESPECIAL. PGJM. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DO FEITO POR FALTA DO TERMO DE APREENSÃO. DECLARAÇÃO DE REVELIA DO ACUSADO. REGULARIDADE NA CITAÇÃO PESSOAL. RECUSA EM COMPARECER AOS ATOS DO PROCESSO. QUALIFICAÇÃO E INTERROGATÓRIO OCORRIDOS NA FASE RECURSAL. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE. [...] Em relação à aplicação da Lei nº 11.343/2006, a lei penal militar é especial em relação à legislação comum, o que afasta o argumento da revogação do artigo 290 do CPM pela norma ordinária, tendo em vista o legislador penal castrense tutelar os princípios da hierarquia e da disciplina. Materialidade e autoria suficientemente comprovadas, de forma a impor a preservação do decreto condenatório. Apelo

> defensivo conhecido e, no mérito, desprovido. (STM - AP: 00003122720127110011 DF , Relator: William de Oliveira Barros, Data de Julgamento: 26/02/2015, data de Publicação: data da publicação: 16/4/2015 Vol: Veículo: DJE).

4.2 Da inaplicabilidade do princípio da insignificância na temática das drogas em âmbito militar

A problemática da posse de entorpecente por militar em recinto castrense passou a ganhar maior destaque a partir de 2007, em virtude da mudança de entendimento acerca do assunto pela 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal[20], entendendo pela aplicação do Princípio da Insignificância ao delito militar, se preenchidos os vetores quanto à mínima ofensividade da conduta, ausência de periculosidade social da ação, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica, e por imposição do Fundamento Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana[21].

---

[20] STF, HC: 92961 SP, relator: EROS GRAU, data de julgamento: 11/12/2007, Segunda Turma, data de publicação: DJe-031 DIVULG 21-2-2008 PUBLIC 22-2-2008.

STF - HC: 94809 RS , Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 12/08/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008.

STF - HC: 90125 RS , Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 24/06/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-167 DIVULG 04-09-2008 PUBLIC 05-09-2008.

STF - HC: 91074 SP , Relator: JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 19/08/2008, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-241 DIVULG 18-12-2008 PUBLIC 19-12-2008.

[21] Art. 1º da Constituição Federal:"A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana".

Em sentido diverso, posicionou-se a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal[22], considerando ser inaplicável o crime de bagatela na temática das drogas em âmbito castrense.

Assim, em decorrência da divergência entre as Turmas, o assunto foi julgado pelo Pleno do STF, que decidiu pela inaplicabilidade do postulado da insignificância penal ao delito do art. 290 do Código Penal Militar, decisão esta que merece ser transcrita em razão de sua importância:

> HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. CONSCRITO OU RECRUTA DO EXÉRCITO BRASILEIRO. POSSE DE ÍNFIMA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM RECINTO SOB ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. INAPLICABILIDADE DO POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. INCIDÊNCIA DA LEI CIVIL Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO DO CASO PELO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL CASTRENSE. ORDEM DENEGADA.
> 1. A questão da posse de entorpecente por militar em recinto castrense não é de quantidade, nem mesmo do tipo de droga que se conseguiu apreender. O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar.
> 2. A tipologia de relação jurídica em ambiente castrense é incompatível com a figura da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade ou mesmo da

[22] STF, HC: 91759 MG, relator: MENEZES DIREITO, data de julgamento: 9/10/2007, Primeira Turma, data de publicação: DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007.

STF, HC: 91767 SP, relator: Ministra CÁRMEN LÚCIA, data de julgamento: 4/9/2007, Primeira Turma, data de publicação: DJe-121 DIVULG 10-10-2007 PUBLIC 11-10-2007 DJ 11-10-2007.

STF, HC: 94649 RJ, relator: Ministra CÁRMEN LÚCIA, data de julgamento: 15/5/2008, data de publicação: DJe-095 DIVULG 27/5/2008 PUBLIC 28/5/2008.

espécie de entorpecente sob a posse do agente, o certo é que não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. É de se pré-excluir, portanto, a conduta do paciente das coordenadas mentais que subjazem à própria tese da insignificância penal. Pré-exclusão que se impõe pela elementar consideração de que o uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam. Por discreto que seja o concreto efeito psicofísico da droga nessa ou naquela relação tipicamente militar, a disposição pessoal em si para manter o vício implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico-funcional. Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito danoso no moral da corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas, entre outros explícitos fins, para a garantia da ordem democrática. Ordem democrática que é o princípio dos princípios da nossa Constituição Federal, na medida em que normada como a própria razão de ser da nossa República Federativa, nela embutido o esquema da Tripartição dos Poderes e o modelo das Forças Armadas que se estruturam no âmbito da União. Saltando à evidência que as Forças Armadas brasileiras jamais poderão garantir a nossa ordem constitucional democrática (sempre por iniciativa de qualquer dos Poderes da República), se elas próprias não velarem pela sua peculiar ordem hierárquico-disciplinar interna.

[…]

4. Esse maior apego a fórmulas disciplinares de conduta não significa perda do senso crítico quanto aos reclamos elementarmente humanos de se incorporarem ao dia a dia das Forças Armadas incessantes ganhos de modernidade tecnológica e arejamento mental-democrático. Sabido que vida castrense não é lavagem cerebral ou mecanicismo comportamental, até porque – diz a Constituição – "às Forças Armadas compete, na forma da lei, atribuir serviço alternativo aos que, em tempo de paz, após alistados, alegarem imperativo de consciência, entendendo-se como tal o decorrente de crença religiosa e de convicção filosófica ou política

5. O modelo constitucional das Forças Armadas brasileiras abona a ideia-força de que entrar e permanecer nos misteres da caserna pressupõe uma clara consciência profissional e cívica: a consciência

> de que a disciplina mais rígida e os precisos escalões hierárquicos hão de ser observados como carta de princípios e atestado de vocação para melhor servir ao País pela via das suas Forças Armadas. Donde a compatibilidade do maior rigor penal castrense com o modo peculiar pelo qual a Constituição Federal dispõe sobre as Forças Armadas brasileiras. Modo especialmente constitutivo de um regime jurídico timbrado pelos encarecidos princípios da hierarquia e da disciplina, sem os quais não se pode falar das instituições militares como a própria fisionomia ou a face mais visível da idéia de ordem. O modelo acabado do que se poderia chamar de "relações de intrínseca subordinação.
> […]
> 7. Ordem denegada".
> (STF, HC: 103684 DF, relator: Ministro AYRES BRITTO, data de julgamento: 21/10/2010, Tribunal Pleno, data de publicação: DJe-070 DIVULG 12-4-2011 PUBLIC 13-4-2011). (Grifos nossos).

Assim como na jurisprudência, alguns doutrinadores, entre eles, o brilhante professor Jorge Cesar de Assis[23], comungam do mesmo entendimento:

> De nossa parte, o "frisson inebriante" causado pela edição da Nova Lei de Drogas não contagiou, sendo que em nossa atividade ministerial sempre entendemos inaplicável o princípio da insignificância aos crimes relacionados com o porte e uso de drogas por militares. Assim, nos alinhamos à pacífica jurisprudência do Superior Tribunal Militar, reconhecendo que, em termos de entorpecentes não há que se falar em insignificância, pois além de estar capitulado como crime contra a incolumidade pública e a saúde, o Código Penal Militar, ao tipificar a conduta, tutela ainda a disciplina militar, sempre ofendidade.

[23] ASSIS, J. C. *Comentários ao Código Penal Militar:* comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempo de guerra, 8. ed., Curitiba: Juruá, 2014. 66 p.

Tal entendimento decorre da incompatibilidade da relação jurídica entre o usuário e a instituição militar, pois como bem define o julgado supracitado, fazendo referência entre o uso de entorpecente e o dever militar, "são como água e óleo: não se misturam".

Desse conflito, alerta o professor Jorge Cesar de Assis[24], acerca da periculosidade da conduta do usuário: "Isso sem falar no perigo de que militares sob o efeito de drogas façam mau uso do armamento posto à sua disposição para as atividades de rotina, e isso não constitui mero exercício de ilação mental".

Todavia, nem na doutrina o assunto foi tratado de forma pacífica, assim, cito o entendimento do professor Luiz Flávio Gomes[25]:

> A hierarquia e disciplina militares já estão tuteladas em dezenas de tipos penais do CPM e em normas administrativas de punições disciplinares, suficientes para resguardar a hierarquia e disciplinas supostamente abaladas pela posse de quantidades ínfimas de drogas por usuários e dependentes militares. Não é necessário ir pela contramão da política legislativa de combate às drogas e tratar desigualmente situações iguais, conferindo ao civil infrator, cursos e tratamentos e ao militar, a pecha da prisão. Esperemos que o STF reveja seu posicionamento inicial e volte a reconhecer a aplicabilidade do princípio de bagatela ao porte de drogas praticado no ambiente militar. Dogmaticamente falando nada impede tal aplicação. A invocação da disciplina e da hierarquia militar só revela o autoritarismo da interpretação ora questionada. A recente decisão do STF tem caráter ideológico punitivista e exterioriza o quanto o Judiciário brasileiro, em alguns momentos, parece mancomunado com o

[24] ASSIS, J. C. *Comentários ao Código Penal Militar:* comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempo de guerra, 8. ed., Curitiba: Juruá, 2014. 66 p.

[25] GOMES, L. F.; MACIEL, S. *Porte de drogas no ambiente militar, princípio da insignificância e bem jurídico penal.*

> autoritarismo militar, convertendo-se, ele mesmo, num poder também autoritário.

Em virtude disso, concluímos que, embora existam entendimentos pela aplicação do Princípio da Insignificância ao delito do art. 290 do Código Penal Militar, este restou inaplicável, em decorrência do Julgamento do Pleno do Supremo Tribunal Federal supramencionado.

5. CONCLUSÃO

Dos ensinamentos doutrinários e jurisprudenciais, mencionados no presente trabalho, podemos concluir que a Lei 11.343/06, a qual inovou o ordenamento jurídico, ao prever medidas educativas diversas da prisão como sanções do art. 28, somente é aplicada se estiver diante de um crime comum de usuário de drogas.

O delito militar de uso e porte de drogas encontra guarida no art. 290 do CPM, tendo como condicionante, para incidir no "*caput*" do artigo, que o agente esteja em lugar sujeito à administração militar.

Acerca do complemento da lei penal em branco, em que pese ao entendimento jurisprudencial em contrário, coadunamos com o entendimento do Professor Jorge Cesar de Assis, ao aplicarmos uma interpretação mais restritiva ao artigo 290 do Código Penal Militar, requerendo assim, para sua configuração, o porte de entorpecente declarado pela Portaria da Agência Nacional de Vigilância Sanitária.

Diante do art. 2º, §2º, do CPM[26], resta clara a impossibilidade de mesclar o regimento especial comum e o regimento penal especificamente militar.

Quanto à lei 11.343/06, esta não revogou tacitamente o art. 290 do Código Penal Militar, por ser este um regramento específico para os militares; e, por força do Princípio da Especialidade, impede a incidência da lei especial comum, conforme entendimento consolidado na Súmula 14 do Superior Tribunal Militar: "Tendo vista a especialidade da legislação militar, a Lei nº 11.343, de 23 Ago 06, (Lei Antidrogas) não se aplica à Justiça Militar da União".

E, finalmente, acerca do entendimento do Pleno do Superior Tribunal Federal, no HC 103.684/DF, restou pacificado, no sentido da inaplicabilidade do postulado da Insignificância Penal ao delito do art. 290 do Código Penal Militar, tendo como justificativa a incompatibilidade entre os institutos, uma vez que a figura do usuário de drogas geraria um efeito danoso à moral da corporação e ao próprio conceito sociológico da instituição, uma vez que nesta pressupõe-se existir uma cristalina consciência profissional, calcada na ética e no patriotismo. Além disso, destacamos o perigo de os preceitos constitucionais da Hierarquia e Disciplina serem afetados, acarretando também um risco à Defesa da Pátria, e por consequência da própria nação.

[26] Art.2 (...) §2° Para se reconhecer qual a mais favorável, a lei posterior e a anterior devem ser consideradas separadamente, cada qual no conjunto de suas normas aplicáveis ao fato. (Grifo nosso).

REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. *Comentários ao Código Penal Militar*: comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores e jurisprudência em tempo de guerra, 8. ed. Curitiba: Juruá.

BRASIL. CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL DE 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 9 fev. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 1.001/1969. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm> Acesso em: 9 fev. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848/1940. Código Penal. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm> Acesso em: 31 mar. 2015.

BRASIL. Lei n. 11.343/2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11343.htm> Acesso em 9 fev. 2015.

BRASIL. Lei n. 6.369/1976. Dispunha sobre medidas de prevenção e repressão ao tráfico ilícito e uso indevido de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, e dava outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6368.htm> Acesso em: 9 fev. 2015.

BRASIL. Lei n. 10.409/2002. Dispunha sobre medidas de prevenção, o tratamento, a fiscalização, o controle e a repressão à produção, ao uso e ao tráfico ilícitos de produtos, substâncias ou drogas ilícitas

que causem dependência física ou psíquica, assim elencados pelo Ministério da Saúde, e dava outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10409.htm> Acesso em: 9 fev. 2015.

BRASIL. Portaria n. 344, de 12 de maio de 1998. Aprova o Regulamento Técnico sobre substâncias e medicamentos sujeitos a controle especial. Disponível em: <http://www.anvisa.gov.br/hotsite/talidomida/legis/Portaria_344_98.pdf> Acesso em: 9 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - HC 155.391 ES, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA. Data de julgamento: 2/9/2010, T6 - SEXTA TURMA. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16677184/habeas-corpus-hc-155391-es-2009-0234881-9/inteiro-teor-16804632> Acesso em 1º abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ, RHC 43693/DF, Rel. Min. Laurita Vaz, 5ª Turma, p. 02.09.2014. Disponível em <https://juridicocorrespondentes.com.br/artigos/cayonperes/o-principio-da-insignificancia-a-luz-da-jurisprudencia-do-stf-e-do-stj-894> Acesso em: 31 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. HC nº 92.882/RJ, 5ª Turma, Relator: Ministro FELIX FISCHER. Data de julgamento: 2/12/2008, Data de Publicação: 16/2/2009. Disponível em <http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2462649/habeas-corpus-hc-92882-rj-2007-0247861-8/inteiro-teor-12218367> Acesso em: 19 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula 501. TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 23/10/2013, DJe 28/10/2013. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/sumulas/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%40docn&&b=SUMU&p=true&t=&l=10&i=11> Acesso em: 22 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - REsp: 835553 RS 2006/0079957-5, Relator: Ministra LAURITA VAZ. Data de julgamento: 20/3/2007, T5 - QUINTA TURMA. Disponível em

<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20133/recurso-especial-resp-835553-rs-2006-0079957-5> Acesso em: 1º abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça - HC 170.260, Relator: Ministra LAURITA VAZ. Data de julgamento: 19/8/2010, T5 - QUINTA TURMA. Disponível em < http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/16647226/habeas-corpus-hc-170260-sp-2010-0074393-7/inteiro-teor-16807157> Acesso em: 1º abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. HC: 2009020343865 MS 2009.02.034386-5, Relator: Francisco José da Silva Fernandes. Data de julgamento: 26/5/2009, data de publicação: 23/6/2009. Disponível em <http://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18817665/habeas-corpus-hc-2009020343865-ms-200902034386-5> Acesso em: 19 fev. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. - AP: 00003122720127110011 DF, Relator: William de Oliveira Barros. Data de julgamento: 26/2/2015, data de publicação: 16/4/2015 Vol: Veículo: DJE). Disponível em < http://stm.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/182368958/apelacao-ap-3122720127110011-df> Acesso em: 21 abr. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal Militar. Súmula 14, publicada em 4 Jan. 13, Boletim nº 1/2013. Disponível em <http://alejur.blogspot.com.br/2013/03/novas-sumulas-do-stm-n-14-e-15.html> Acesso em: 21 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE: 600817 MS, Tribunal Pleno, Relator: Min. RICARDO LEWANDOWSKI. Data de julgamento: 7/11/2013, data de publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29/10/2014 PUBLIC 30/10/2014. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25342639/recurso-extraordinario-re-600817-ms-stf> Acesso em: 19 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC: 86459 RJ, , Relator: JOAQUIM BARBOSA. Data de julgamento: 5/12/2006, Segunda Turma, data de publicação: DJ 2/2/2007. Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758764/habeas-corpus-hc-86459-rj> Acesso em: 22 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC: 103684 DF , Relator: Min. AYRES BRITTO. Data de julgamento: 21/10/2010, Tribunal Pleno, data de publicação: DJe-070 DIVULG 12/4/2011. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19736695/habeas-corpus-hc-103684-df> Acesso em: 28 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. HC: 104923 RJ , Relator: Min. CELSO DE MELLO. Data de julgamento: 26/10/2010, Segunda Turma, data de publicação: 10/2/2011). Disponível em: <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/19736592/habeas-corpus-hc-104923-rj> Acesso em: 22 fev. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - RHC: 96813 RJ , Relator: ELLEN GRACIE. Data de julgamento: 31/3/2009, Segunda Turma, data de publicação: DJe-075 DIVULG 23/4/2009 PUBLIC 24-04-2009. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/3613641/recurso-em-habeas-corpus-rhc-96813-rj> Acesso em: 1º abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – HC: 108168 PE , Relator: Min. ROBERTO BARROSO. Data de Julgamento: 19/8/2014, Primeira Turma, data de publicação: DJe-170 DIVULG 2/9/2014 PUBLIC 3/9/2014. Disponível em < http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25260083/habeas-corpus-hc-108168-pe-stf> Acesso em: 1º abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - HC: 88820 BA, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE. Data de julgamento: 5/12/2006, Primeira Turma, data de publicação: DJ 19-12-2006. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/758759/habeas-corpus-hc-88820-ba> Acesso em: 1º abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - HC: 92961 SP , Relator: EROS GRAU, Data de Julgamento: 11/12/2007, Segunda Turma, data de publicação: DJe-031 DIVULG 21/2/2008 PUBLIC 22/2/2008. Disponível em < http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/754581/habeas-corpus-hc-92961-sp> Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - HC: 94809 RS , Relator: Min. CELSO DE MELLO. Data de julgamento: 12/8/2008, Segunda Turma, data de publicação: DJe-202 DIVULG 23/10/2008 PUBLIC 24/10/2008. Disponível em < http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719464/habeas-corpus-hc-94809-rs> Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - HC: 90125 RS , Relator: Min. ELLEN GRACIE. Data de julgamento: 24/6/2008, Segunda Turma, data de publicação: DJe-167 DIVULG 4/9/2008 PUBLIC 5/9/2008. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14719766/habeas-corpus-hc-90125-rs> Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - HC: 91074 SP , Relator: JOAQUIM BARBOSA. Data de julgamento: 19/8/2008, Segunda Turma, data de publicação: DJe-241 DIVULG 18/12/2008 PUBLIC 19/12/2008. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2916276/habeas-corpus-hc-91074-sp> Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - HC: 91759 MG , Relator: MENEZES DIREITO. Data de julgamento: 9/10/2007, Primeira Turma, data de publicação: DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2928185/habeas-corpus-hc-91759-mg> Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - HC: 91767 SP , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA. Data de julgamento: 4/9/2007, Primeira Turma, data de publicação: DJe-121 DIVULG 10-10-2007 PUBLIC 11-10-2007 DJ 11-10-2007. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14727480/habeas-corpus-hc-91767-sp> Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - HC: 94649 RJ , Relator: Min. CÁRMEN LÚCIA. Data de julgamento: 15/5/2008, data de publicação: DJe-095 DIVULG 27/5/2008 PUBLIC 28/5/2008. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14772815/

medida-cautelar-no-habeas-corpus-hc-94649-rj-stf> Acesso em: 24 abr. 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal - RHC 98.323, Relator: Min. MARCO AURÉLIO. Data de julgamento: 6/3/2012, Primeira Turma. Disponível em <http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21424879/recurso-ordinario-em-habeas-corpus-rhc-98323-ms-stf/inteiro-teor-110355045> Acesso em: 2 maio 2015.

CAPEZ, F. *Curso de Direito Penal*, v. 1, parte geral: (arts 1º ao 120), 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

GOMES, L. F.; MACIEL, S. *Porte de drogas no ambiente militar, princípio da insignificância e bem jurídico penal.* Disponível em: < http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20101117174208805> Acesso em: 24 abr. 2015.

GOMES, L. F.; BIANCHINI, A.; CUNHA, R. S.; et al. *Lei de Drogas comentada:* artigo por artigo: Lei 11.343, de 23.08.2006; Luiz Flávio Gomes (coordenador); 5. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.

Revista Eletrônica Jus Militaris. Número 2. Dezembro de 2010. Ano 1. Disponível em: <http://www.jusmilitaris.com.br/novo/uploads/revista_edicoes/revista_jusmilitaris02.pdf> Acesso em: 28 fev. 2015.

SILVA, D. A. C. *Direito Penal:* parte geral. 3. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

UZEDA, M. *Direito Penal Militar*. Salvador: JusPODIVM, 2013.

Audiência da discórdia:

uma abordagem sobre a implantação do Projeto Audiência de Custódia nas justiças Comum e Militar

Denise Martins Castro Rosa
Estagiária da Procuradoria de Justiça Militar em Campo Grande/MS
Acadêmica da Universidade Federal de Mato Grosso do Sul

RESUMO: O presente artigo aborda a implantação do Projeto Audiência de Custódia no território brasileiro, bem como, as consequências da adoção desse instituto, que tem por objetivo garantir a apresentação do preso ao juiz até 24 horas após a sua prisão. O Projeto Audiência de Custódia tem como escopo garantir um encontro mais célere entre o magistrado e o preso, buscando a adequação do direito interno às normas de direito internacional. Nessa esteira, o presente trabalho intenta demonstrar os efeitos da aplicação do instituto, tanto de ordem prática, como, por exemplo, a dificuldade para a realização da oitiva no tempo exíguo de 24 horas, quanto no que tange à normatização do projeto que, em que pese esteja sendo implantado em todo o país, ao menos por ora, não possui regulamentação uniforme sobre o seu funcionamento. Pretende-se, ainda, demonstrar a repercussão da iniciativa no âmbito das justiças Comum e Militar, permeando pela influência dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, em especial a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH).

PALAVRAS-CHAVES: Audiência de Custódia. Direitos Humanos. Direito Militar. Direito Internacional.

ABSTRACT: This article discusses the implementation of Custody Audience Project in Brazil, as well as the consequences of adopting the institute, which aims to ensure the presentation of the prisoner to the judge within 24 hours of his arrest. The Custody Audience Project has the objective to ensure a more rapid match between the judge and the prisoner, precisely in order to adjust domestic law to the rules of international law. On this track, this study intends to demonstrate the effects of the application of the institute, both practical, for example, the difficulty for the realization of hearsay in the meager time of 24 hours, as with respect to the project standardization, which, in spite is being deployed throughout the country, for now, does not have uniform regulations on its operation. It is intended also to demonstrate the impact of the initiative under the Common and Military Justice and, permeating the influence of international treaties ratified by Brazil, especially the American Convention on Human Rights (ACHR).

KEYWORDS: Custody audience. Human rights. Military Law. International right.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A audiência de custódia e os tratados internacionais – 3. O impacto da implantação das audiências de custódia na Justiça Militar – 4. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Em trâmite, desde 2011, mediante o Projeto de Lei do Senado nº 554/2011-SF, o debate acerca da implantação das audiências de custódia voltou à tona no ano de 2015, após o lançamento do Projeto

Audiência de Custódia pelo Conselho Nacional de Justiça, em parceria com o Ministério da Justiça e com o Tribunal de Justiça de São Paulo.

Tal projeto tem por objetivo garantir que todo preso em flagrante seja apresentado ao juiz competente no prazo de 24 horas após a detenção, oportunidade em que serão ouvidos, além do autuado, o Ministério Público e a Defensoria Pública, ou o advogado constituído do preso.

Assim, desde fevereiro de 2015, após a implantação no estado de São Paulo, os estados brasileiros enfrentam uma verdadeira maratona para implantarem o instituto que apresenta concepção polêmica e divergente sobre sua real necessidade e eficácia.

Isso porque, atualmente, as audiências de custódia têm despontado sob a roupagem de um instituto essencial para evitar as prisões arbitrárias e ilegais, de forma que, após a lavratura do auto de prisão em flagrante, o autuado será conduzido até o juiz competente que decidirá em até 24 horas se relaxa a prisão em flagrante, concede a liberdade provisória ou, converte a prisão em flagrante em preventiva, desde que preenchidos os requisitos previstos em lei.

Segundo publicação recente de chamada para Audiência Pública[1] sobre o tema, a Defensoria Pública da União explanou os seguintes motivos para se apoiar a implantação do instituto:

a) reduz a população carcerária;
b) inibe a execução de atos de tortura, tratamento cruel, desumano e degradante em interrogatórios policiais;

[1]Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/23/Documentos/Custodia_folder_final2.pdf> Acesso em agosto de 2015.

c) viabiliza o respeito às garantias constitucionais e garante o efetivo respeito ao princípio constitucional do contraditório;
d) é demanda social expressa em iniciativa legislativa;
e) reforça o compromisso do Brasil na proteção dos Direitos Humanos;
f) renova as credenciais do Brasil no cenário internacional;
g) ajusta o ordenamento jurídico interno para cumprimento de obrigações internacionais;
h) reforça a integração jurídica latino-americana.

De antemão, não é demais ressaltar que em 2011, por meio da Lei 12.403, foram inseridas, no ordenamento jurídico, medidas cautelares menos gravosas se comparadas ao encarceramento, destinadas justamente à redução da população carcerária brasileira, tal como promete ser a consequência do projeto das audiências de custódia e, não obstante, atingimos a espantosa marca de 607.700[2] presos no Estado brasileiro no ano de 2015.

Isto posto, não se trata de adotar uma posição preconceituosa e reacionária às inovações jurídicas, mas sim, de colacionar os reais motivos e as consequências práticas da adoção de um modelo fadado à reprodução da atual conjectura carcerária brasileira.

[2] Segundo dados do Sistema de Informações Estatísticas do sistema penitenciário brasileiro (Infopen), referente aos meses de outubro de 2014 a maio de 2015. Disponível em <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/politica-penal/relatorio-depen-versao-web.pdf>. Acesso em: ago. de 2015.

2 A AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA E OS TRATADOS INTERNACIONAIS

O Estado brasileiro ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 1992, sendo que, ao longo dos últimos 23 anos, diversos outros tratados internacionais adentraram o nosso ordenamento jurídico a fim de coibir a prática de graves violações aos direitos humanos.

É salutar destacar que a Carta Magna de 1988 representa o marco jurídico do processo de democratização do país, simbolizando a ruptura com o regime autoritário até então instalado e a valorização dos direitos humanos fundamentais e da dignidade humana.

Entretanto, apenas em 1998 o Brasil reconheceu a atuação contenciosa da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), de modo que, desde então, são analisadas denúncias individuais contra o Estado brasileiro e emitidas sentenças condenando o Estado ao cumprimento de medidas para a cessação das graves violações de direitos ocorridas em seu território.

Nesse sentido, Valério de Oliveira Mazzuoli:

> A infração ao dever de respeito aos princípios e normas de Direito Internacional consagrados, por meio dos poderes do Estado, acarreta sua responsabilidade no plano internacional, que certamente não pode ficar esquecida ou relegada a segundo plano quando de qualquer julgamento pelo Poder Judiciário envolvendo tais normas. Vige assim, nesta matéria, a pacta sunt servanda, internacionalmente reconhecida como norteadora dos compromissos exteriores do Estado e expressamente estabelecida pelo art. 26 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, segundo

> o qual todo tratado em vigor "obriga as partes e deve ser cumprido por elas de boa fé".[3]

Desse norte, devido à ausência de mecanismos coercitivos para fixar o cumprimento das medidas impostas, após mais de duas décadas de ratificação da Convenção Americana de Direitos Humanos, a audiência de custódia surge como medida paliativa em meio à cobrança da Corte Interamericana de Direitos Humanos para a adequação do processo penal brasileiro.

Tal iniciativa viria a se adequar ao disposto no artigo 7, número 5, da CADH, que preleciona:

> Toda pessoa presa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções jurisdicionais e tem o direito de ser julgada em um prazo razoável ou de ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode estar condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo.[4]

Bem como o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, que dispõe:

> Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em um prazo razoável ou de ser posta em liberdade […].[5]

[3] MAZZUOLI, V. O. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais. 9. ed. 2015, p. 412-413.

[4] Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, de 1969. Disponível em <http://www.direito.mppr.mp.br/arquivos/File/convencaoamericanadireitoshumanos.pdf>. Acesso em: ago. de 2015.

[5] Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, promulgado pelo Decreto nº 592/1992. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0592.htm>. Acesso em: ago. de 2015.

Dito isso, a limitação temporal de 24 horas, estabelecida pelo projeto, vem a sobrepujar o disposto na Convenção Americana de Direitos Humanos, uma vez que seu conteúdo apresenta apenas a expressão "sem demora" para se referir ao período dedicado à apresentação do autuado à presença do magistrado ou outra autoridade autorizada por lei.

Como observado, o artigo integrante da CADH não faz menção ao lapso temporal reservado à apresentação do autuado à presença física do magistrado, destarte, é previsto, inclusive, que o comparecimento possa ser realizado também perante outra autoridade, que não o juiz de direito.

Tal presença física se justificaria pela necessidade de mais fiscalização sobre os atos de tortura ocorridos durante os interrogatórios policiais, bem como a oportunidade para o efetivo respeito ao princípio constitucional do contraditório.

Cumpre esclarecer que o magistrado não possui formação acadêmica, tampouco conhecimentos técnicos, para avaliação de eventual prática do crime de tortura, trabalho este reservado aos peritos. A simples comunicação pelo preso ou a constatação da ocorrência da prática dos crimes de tortura, abuso de autoridade, entre outros, ensejaria a instauração do devido procedimento para apuração da autoria e materialidade do crime perpetrado, sob pena de ofensa à garantia do devido processo legal.

Ressalte-se que a instauração de procedimento para a apuração da prática de ilegalidades durante a prisão já se trata de medida

costumeira, de modo que a presença física do juiz para constatar a prática de tais delitos não poderá contribuir de maneira significativa para a elucidação das reais circunstâncias do fato.

Outrossim, questão de relevante gravidade se refere à oitiva do autuado em juízo, visto que o magistrado realizará questionamentos a respeito das condições em que se deu a prisão em flagrante, tais quais perguntas de cunho pessoal e social. Assim, é inegável que o autuado, que não raras as vezes é carente de conhecimento jurídico, terá direito à presença de um advogado para constituir a sua defesa.

Indaga-se, portanto, se, em um tempo exíguo de 24 horas para a lavratura do auto de prisão em flagrante, com a consequente condução do autuado até o fórum e a oitiva por parte do juiz competente, haverá oportunidade suficiente para que o autuado seja orientado pelo seu defensor/advogado.

Tal preocupação é latente, uma vez que o sistema processual brasileiro apresenta forma inquisitivo-garantista[6], de modo que o juiz poderá basear a sua decisão final também nos elementos constituídos durante a investigação criminal, embora não possa fazê-lo exclusivamente.

Nesse sentir, importa colacionar o *i.* doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

> O juiz leva em consideração muito do que é produzido durante a investigação, como a prova técnica (aliás, produzida uma só vez durante o inquérito e tornando à defesa difícil a sua contestação ou renovação, sob o crivo do contraditório), os depoimentos colhidos e,

[6] Conforme o entendimento do *i.* Desembargador Guilherme de Souza Nucci, em entendimento contrário aos respeitáveis doutrinadores Fernando Costa Tourinho Filho, Eugênio Pacelli de Oliveira e Renato Brasileiro de Lima.

> sobretudo – e lamentavelmente – a confissão extraída do indiciado. Quantos não são os feitos em que se vê, na sentença condenatória, o magistrado fazendo expressa referência à prova colhida na fase inquisitiva, desprezando o que foi obtido em juízo.[7]

Não se trata a audiência de custódia de uma antecipação do interrogatório do indivíduo, de modo que o julgador não deverá adentrar o mérito da situação, entretanto, esbarrar-se-á em uma linha tênue, não sendo forçoso admitir que o julgador, perante eventual confissão por parte do preso, ver-se-á desde logo fortemente inclinado à condenação, ainda que os demais elementos colacionados nos autos e as demais provas constituídas, durante a ação penal, apontem em sentido contrário.

Importa ressaltar ainda que o direito de não produzir provas contra si mesmo é garantido ao autuado, de forma que, por vezes, a orientação profissional por advogado será justamente a recomendação de silêncio, a fim de não prejudicar a sua defesa.

Isso posto, as audiências de custódia tendem simplesmente a reproduzir a atual realidade carcerária no Brasil, haja vista que tal medida não vem a combater a prática dos delitos, ou até mesmo, a garantir condições dignas de permanência nos presídios brasileiros, mas apenas a maquiar o processo penal, sob o escopo de atenção às normas de direito internacional.

Segundo informativo recente do INFOPEN, 67,1% dos presos são negros, oito em cada 10 presos estudaram, no máximo, até o ensino

[7] NUCCI, G. S. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014, p. 104.Título original: Les prisions de la misère

fundamental, sendo que 27% das pessoas presas no Brasil respondem por tráfico de substâncias entorpecentes.

Sobre o tema, disserta Wacquant:

> A despeito dos zeladores do Novo Éden neoliberal, a urgência, no Brasil como na maioria dos países do planeta, é lutar em todas as direções não contra os criminosos, mas contra a pobreza e a desigualdade, isto é, contra a insegurança social que, em todo lugar, impele ao crime e normatiza a economia informal de predação que alimenta a violência.[8]

Isso porque instaurou-se no Brasil um "[...] sistema penal autofágico – que alimenta a si mesmo através da exclusão reiterada de parcela significativa da sociedade – prospera irrestritamente, legitimado pela guerra santa exercida em nome da segurança."[9], de modo que o mecanismo repressivo adotado apresenta conivência da população, que, não raras as vezes, anseia pela punição irrestrita de seus infratores com o encarceramento.

Assim, a implantação do Projeto Audiências de Custódia no Estado brasileiro vem exatamente reforçar o modelo de segregação dos indivíduos potencialmente perigosos, uma vez que não apresenta nenhuma solução eficaz ao modelo carcerário adotado pelo Brasil.

---

[8] WACQUANT, L. As prisões da miséria. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001, p. 08.
[9] ROSA, A. M. da; KHALED JUNIOR, S. L. *In dúbio pro hell*: profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014, p. 89.

3 O IMPACTO DA IMPLANTAÇÃO DAS AUDIÊNCIAS DE CUSTÓDIA NA JUSTIÇA MILITAR

Observa-se que, já no ano de 1969, o legislador do Código de Processo Penal Militar antecipou a possibilidade do caráter supralegal dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, de modo que tal previsão ampliou os direitos e garantias também no âmbito da Justiça Militar.

Nesse sentido, o artigo 1º, §1º, do CPPM apresenta a seguinte redação:

> Art. 1º O processo penal militar reger-se-á pelas normas contidas neste Código, assim em tempo de paz como em tempo de guerra, salvo legislação especial que lhe for estritamente aplicável.
> §1º Nos casos concretos, se houver divergência entre essas normas e as de convenção ou tratado de que o Brasil seja signatário, prevalecerão as últimas.

Assim, embora até recentemente o debate sobre a posição hierárquica dos tratados e convenções internacionais no direito interno se tratasse de matéria polêmica, tal dispositivo rechaçou qualquer possibilidade de não aplicação dos tratados e convenções na justiça castrense.

Isso porque, em 2009, o Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar sobre a posição hierárquica dos tratados e convenções no direito interno ao discutir sobre a possibilidade ou não da prisão civil do depositário infiel. Na decisão, o órgão julgador, por maioria de seus membros, assentou que os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil apresentam posição supralegal, posicionando-se hierarquicamente inferiores apenas à Constituição Federal[10].

[10] STF, RE nº 466.343/SP, Rel. Min. Cezar Peluzo, DJE nº 104, d. 4.6.2009.

Ante a previsão contida no CPPM, não há dúvidas de que a Justiça Militar é fortemente norteada pelos tratados e convenções assinados pelo Estado, em especial pela Convenção Americana de Direitos Humanos.

Com efeito, o artigo 5º, §2º, da Constituição Federal de 1998 prevê expressamente a aplicação dos tratados internacionais em que a República Federativa seja parte, de modo que os direitos e garantias destacados na Carta Magna não excluirão outros decorrentes do regime e princípios por ela adotados, ou, ainda, os tratados internacionais.[11]

Conforme ressaltado anteriormente, as audiências de custódia estão sendo implantadas no território brasileiro para adequar o sistema processual penal brasileiro às medidas contidas no bojo da referida Convenção.

Ocorre que, para efeitos de administração, a atuação da Justiça Militar, em tempos de paz, é dividida em circunscrições, que correspondem à delimitação da área de atuação de suas respectivas auditorias, de modo a concentrar as atividades em suas respectivas sedes.

De acordo com a Lei Nº 8.457, de 4 de Setembro de 1992, as Circunscrições Judiciárias Militares serão organizadas do seguinte modo:

[11] Nesses termos, prescreve a Constituição Federal de 1988: "Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: § 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

> Art. 2° Para efeito de administração da Justiça Militar em tempo de paz, o território nacional divide-se em doze Circunscrições Judiciárias Militares, abrangendo:
> a) a 1ª – Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo;
> b) a 2ª – Estado de São Paulo;
> c) a 3ª – Estado do Rio Grande do Sul;
> d) a 4ª – Estado de Minas Gerais;
> e) a 5ª – Estados do Paraná e Santa Catarina;
> f) a 6ª – Estados da Bahia e Sergipe;
> g) a 7ª – Estados de Pernambuco, Rio Grande do Norte, Paraíba e Alagoas;
> h) a 8ª – Estados do Pará, Amapá e Maranhão;
> i) a 9ª – Estados do Mato Grosso do Sul e Mato Grosso;
> j) a 10ª – Estados do Ceará e Piauí;
> l) a 11ª – Distrito Federal e Estados de Goiás e Tocantins;
> m) a 12ª – Estados do Amazonas, Acre, Roraima e Rondônia.

Conforme a mesma norma, cada Circunscrição Judiciária Militar corresponde a uma Auditoria, exceto as primeira (4 auditorias), segunda (2 auditorias), terceira (3 auditorias) e décima primeira (2 auditorias).

Nesse diapasão, tomemos como exemplo a 12ª Circunscrição da Justiça Militar, a qual abrange os estados do Amazonas, Acre, Roraima e Rondônia, cuja sede é instalada na cidade de Manaus.

Juntos, os quatro estados representam aproximadamente 25% da área do território brasileiro, sendo que o estado do Amazonas corresponde ao estado de maior área do Brasil, com uma abrangência territorial de 1.559.161,682 km² e densidade demográfica de 2,23 habitantes por km².

Ainda assim, atualmente, a 12ª Circunscrição contém cadeiras para apenas um juiz auditor e um juiz substituto.

Logo, a imposição do lapso temporal de 24 horas para a apresentação do autuado ao juiz auditor é assombrosa, e, ainda, some-se a isso a necessidade da disposição de efetivo para realizar a escolta do preso.

Em atenção ao exposto, foi emitida nota técnica referente ao Projeto de Lei nº 554/2011, no qual o conselheiro relator da proposta, Fábio George Cruz da Nóbrega explicitou tal questão:

> Consta da manifestação do Ministério Público Militar, por exemplo, que na Região Norte há lugares somente acessíveis por transporte naval ou aéreo, e, por vezes, a prisão de uma pessoa dentro da selva requer o prazo de até 3(três) dias para que seja levado a uma Unidade da Justiça Federal – prazo que, pois, excede em muito as 24 horas.[12]

Some-se a isso a escassez dos membros não apenas do Ministério Público, mas também do Judiciário e da Defensoria Pública, que carecem de expressiva atenção no que tange à estrutura e quantidade de funcionários.

Em suma, caberia ao Estado a possibilidade da realização das audiências de custódia por intermédio de videoconferência, cuja alteração no texto original foi proposta pelo Senador Henrique Dornelles. Senão vejamos a proposta da emenda substitutiva:

> Art. 306. [...]
> § 1.º No prazo máximo de vinte e quatro horas depois da prisão, o preso deverá ser conduzido à presença do juiz competente, pessoalmente <u>ou pelo sistema de videoconferência</u>, ocasião em que

[12] Nota técnica referente ao Projeto de Lei do Senado nº 554/2011. Disponível em: < http://www.cnmp.gov.br/portal/images/Nota_T%C3%A9cnica_audi%C3%AAncia_cust%C3%B3dia.pdf>. Acesso em: ago. de 2015.

> deverá ser apresentado o auto de prisão em flagrante acompanhado de todas as oitivas colhidas e, caso o autuado não informe o nome de seu advogado, cópia integral para a Defensoria Pública.[13](Grifo nosso).

De fato, a utilização de videoconferência para a realização de audiências se faz necessária, uma vez que a adoção de tal sistema permite que haja a redução de custos e agilidade no atendimento aos jurisdicionados. Ocorre que o Projeto Audiência de Custódia já está sendo implementado no país sem que haja qualquer regulamentação razoável sobre o seu funcionamento, de modo que não se pode admitir que os presos recebam tratamento diferenciado no que tange à garantia de direitos.

Nesse sentido, há, no âmbito da Corregedoria do Conselho Nacional de Justiça, pedido de providências referente à regulamentação do Projeto Audiência de Custódia, entretanto, várias unidades da Federação estão implantando o instituto sem que haja um tratamento uniforme sobre a matéria.

Desse modo, o projeto da audiência de custódia representa uma medida simbólica para a adequação do processo penal brasileiro às obrigações internacionais, conquanto o verdadeiro cerne do aumento da população carcerária e dos atos de tortura, durante os interrogatórios, não é acometido.

4 CONCLUSÃO

Nota-se que o projeto proposto apresenta inúmeras discrepâncias com a realidade brasileira, nesse sentido, no dia 29 de junho do presente

[13] Texto na íntegra disponível em: <www.senado.gov.br/atividade/materia/getTexto.asp?t=153845>. Acesso em: ago. de 2015.

ano, o Conselho Nacional de Procuradores-Gerais, representando o Ministério Público dos Estados e da União, encaminhou o ofício nº 28/2015 PRES, ao *i*. Ministro Enrique Ricardo Lewandowski, a fim de externar a necessidade de preservação dos direitos fundamentais do preso e a exequibilidade do Projeto Audiência de Custódia sem vilipendiar o papel fundamental do Ministério Público no processo penal.

Na oportunidade, foram apresentadas as insatisfações dos membros, em especial no que tange ao tratamento disforme aos presos das unidades federativas, exiguidade do prazo de 24 horas para apresentação do autuado, validade jurídica do ato e necessidade de adequação estrutural para a realização das audiências de custódia – *vacatio legis.*

Outrossim, foi informado pelo documento assinado pelo Presidente do Conselho de Procuradores-Gerais de Justiça, que, a partir de 22 de junho do presente ano, convênios ou termos de cooperação tendentes à implementação das audiências de custódia serão assinados pelas chefias do Ministério Público nos Estados e da União somente após a regulamentação uniforme da matéria em todo o país[14].

Na mesma esteira, a Associação de Delegados de Polícia (Adepol) apresentou uma Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI 5.240), pedindo a suspensão do Provimento Conjunto 3/2015, assinado pelo TJSP e a Corregedoria-Geral de Justiça. Tal diploma prevê que a autoridade policial apresentará a pessoa detida, até 24 horas após a sua prisão, ao juiz competente.[15]

[14] Disponível no endereço eletrônico: <http://s.conjur.com.br/dl/nota-cnpg-audiencias-custodia.pdf>. Acesso em: ago. de 2015.

[15] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240. Disponível em:< http://www.

Na ocasião, a Adepol alegou a inconstitucionalidade da norma por vício de iniciativa, uma vez que apenas a União, por meio do Congresso Nacional, poderia legislar sobre direito processual e, ainda, que tal norma é um desrespeito à separação de poderes, haja vista que os delegados de polícia são submetidos ao Poder Executivo, ao passo que o Judiciário não pode ditar regras sobre as suas atribuições.

Sobre a matéria, o Procurador-Geral da República Rodrigo Janot Monteiro de Barros entendeu que a norma editada por Tribunal de Justiça a fim de regulamentar direito fundamental consolidado em tratado internacional de direitos humanos não ofendia o princípio da legalidade, sendo assentado ainda que a regulamentação das audiências de custódia pelos tribunais é constitucional, visto que a matéria é predominantemente relativa à autonomia do Judiciário para dispor sobre a competência e o funcionamento de seus órgãos.

Apesar de não reconhecer o caráter inconstitucional do mencionado Provimento, o Procurador-Geral da República identificou que o documento poderia apresentar melhor redação caso houvesse participação do Ministério Público, da Defensoria Pública e a advocacia privada, ressaltando a necessidade de disciplinar o instituto de maneira uníssona para todo o Judiciário brasileiro:

> O provimento poderia ter sido mais bem construído e mais adequado a atender à realidade dos órgãos do sistema de justiça se houvesse contado com contribuições de todos eles, notadamente o Ministério Público, a advocacia privada e a Defensoria Pública. Parece induvidoso que não se podem adotar medidas estruturais relevantes e consistentes acerca do sistema

stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307273611&tipoApp=.pdf.>. Acesso em: ago. de 2015.

> criminal sem ouvir o titular constitucional privativo da persecução penal (CR, art. 129, I), como é o Ministério Público. De toda forma, o provimento não chega a afrontar a Constituição em suas disposições. É desejável, por outro lado, que, enquanto o Congresso Nacional não disciplinar a matéria por lei ordinária, como é o ideal, ela seja normatizada de modo uniforme para todo o Judiciário brasileiro, por meio da resolução em apreciação no Conselho Nacional de Justiça há muitos anos.[16]

A discussão sobre o Projeto Audiência de Conciliação, apesar de recente, aponta falhas evidentes do modelo. É notório que a adoção das audiências de custódia no Brasil apresenta inúmeros obstáculos, tanto no que diz respeito à sua real necessidade quanto à sua regulamentação.

Em síntese, ainda que tardia, a iniciativa para ampliação de garantias é nobre, no entanto, é necessário destacar a realidade brasileira para abarcar tal projeto do modo como está sendo operacionalizado. Nota-se que a implantação das Audiências de Custódia aparenta ser um caminho sem volta, de modo que é necessário ao menos que seja estabelecido um prazo razoável para apresentação do preso à autoridade competente, haja vista as dimensões do território brasileiro.

Outrossim, é preciso que haja tanto uma legislação uniforme com a participação do Ministério Público e da Defensoria Pública, quanto um período de adaptação das Instituições, para que sejam organizados os modos de funcionamento das audiências de custódia, uma vez que o resultado prático da manutenção dessa situação será o frequente relaxamento da prisão por descumprimento do prazo de 24 horas estabelecido.

[16] Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.240. Disponível em:< http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoPeca.asp?id=307273611&tipoApp=.pdf.>. Acesso em: ago. de 2015.

Por fim, é preciso ponderação ao analisar os benefícios da implantação de tal Projeto, mormente existam pontos aparentemente positivos, a solução para a superlotação carcerária e a prática de torturas durante os interrogatórios assemelha ser bem distante.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Código de Processo Penal Militar*. Organização de Sílvio de Alvaro Lazzarini. 14. ed. São Paulo: RT, 2013.

BRASIL. Lei 8.457, de 4 de setembro de 1992. Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 8 set. 1992.

LIMA, R. B. *Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Impetrus, 2013.

MAZZUOLI, V. O. *Curso de Direito Internacional Público.* 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

NUCCI, G. S. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PACELLI, E. O. *Curso de Processo Penal*. 15. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ROSA, A. M. da; KHALED JUNIOR, S. L. *In dúbio pro hell*: profanando o sistema penal. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014.

TOURINHO FILHO, F. C. *Processo Penal* 1. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

WACQUANT, L. *As prisões da miséria*. Tradução de André Telles. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2001. Título original: Les prisions de la misère

Princípio da Vedação à Proteção Deficiente: uma proposta de aplicação ao CPM

Fernando Hugo Miranda Teles
Promotor de Justiça Militar
Especialista em Direito Militar

RESUMO: O novo Direito Constitucional – segundo a visão neoconstitucionalista – é um império de princípios e regras. No âmbito penal, deve-se respeito aos direitos fundamentais dos investigados e acusados. Nesse contexto, surgiu a doutrina garantista, que possui atualmente dois lados: um deles tem a visão de proteção contra os excessos do Estado; o outro, objeto deste artigo, tem como finalidade defender a sociedade da proteção deficiente fornecida pelo Estado.

PALAVRAS-CHAVES: Garantismo penal. Princípios e regras constitucionais. Proteção deficiente.

ABSTRACT: Nowadays, Constitutional Law – according the "neoconstitucionalism" point of view – it is an empire of principles and rules. In criminal scope, fundamental rights of defendants must be ensured. In this sense, comes the garantism doctrine, with two sides: one aims to protect against State excesses; other, object of this article, aims to defend society against the State deficient protection.

KEYWORDS: Penal rule of law. Constitutional principles and rules. Deficient protection.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Princípios e regras constitucionais – 3. Garantismo penal e o princípio da proporcionalidade – 4. Vedação à proteção deficiente e propostas para a aplicação no CPM – 5. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade vive um momento extremamente conturbado, em que as instituições estatais encarregadas de resguardar a vida, a segurança e a liberdade demonstram dificuldade em coibir a prática delituosa de um modo geral.

Essa dificuldade, independentemente da origem que se imagine ter, atinge diretamente o Poder Judiciário e o Ministério Público. Naturalmente, quando a sociedade clama por "justiça", vêm à cabeça de cada cidadão envolvido os nomes do Ministério Público e do Poder Judiciário. O MP, como função essencial à justiça e titular da ação penal pública, e o Poder Judiciário, como detentor da última palavra em termos de repressão penal, têm papel fundamental nessa máquina que, para funcionar bem, necessita de peças robustas e dispostas a realizar incansavelmente seus papéis.

Muito se fala – e corretamente – sobre a necessidade de garantir os direitos fundamentais dos investigados, acusados e sentenciados, eis que são fatores limitantes do poder estatal e garantidores do Princípio da Dignidade Humana, enunciado nuclear em nossa ordem constitucional. Todavia, em tempos de crise, mais ainda que em

momentos de paz social, há que se buscar a outra face desses direitos fundamentais, em que a vítima e a sociedade têm relevância tão grande para a tutela penal quanto o autor do fato delituoso. Essa vítima não pode, por óbvio, buscar a autotutela penal, razão pela qual o Estado, malgrado não tenha papel de "vingador", deve mostrar à sociedade que a reprimenda criminal fez frente à violação sofrida pelo ofendido em seu direito fundamental denominado "segurança".

O presente artigo não tem a finalidade de desconstruir o garantismo sob o prisma da proteção ao excesso (*Übermassverbot*), mas demonstrar a necessidade crescente do respeito ao esquecido – e para muitos desconhecido – viés positivo dessa doutrina, qual seja, a vedação à proteção deficiente (*Untermassverbot*). Juntos, os dois parâmetros consectários do Princípio da Proporcionalidade permitem oferecer garantia de individualização da pena de modo justo e proporcional, reprimenda coerente com a ofensa praticada e correção na linha interpretativa de dispositivos incriminadores que não oferecem proteção suficiente à sociedade ou que se mostram desarrazoados.

Especificamente no que concerne ao Direito Penal Militar, cujo diploma legal já conta com mais de quarenta anos de existência, alguns dispositivos, que serão vistos ao final do trabalho, carecem de nova leitura à luz do Garantismo Positivo, ou seja, mais especificamente consoante o Princípio da Vedação à Proteção Deficiente. Esses dispositivos, na sociedade atual, não permitem que o Órgão Ministerial e a Justiça Militar sempre se conformem com a aplicação da "doutrina da pena mínima", ou seja, seguir-se meramente a adequação típica e, ante a ausência de agravantes ou causas de aumento, fixar-se a pena-base no mínimo legal, independente do núcleo do tipo, do "verbo" realizado pela conduta do sujeito ativo. São dispositivos que,

dependendo da situação fática, exigem maior reprimenda criminal e, pela via hermenêutica, dentro dos parâmetros legais da pena, pode-se fixar a sanção em patamar que satisfaz a ideia de proteção à sociedade, até que o legislador federal, contumaz omisso nas alterações tão necessárias nos Códigos Penal Militar e de Processo Penal Militar, promova as devidas alterações.

Este trabalho não tem por fito esgotar o assunto nem aprofundar as questões sob o prisma da doutrina garantista – existe doutrina do mais alto nível sobre o assunto, até porque a proposta não permite tal nível de complexidade, mas apenas alertar o leitor sobre as possibilidades e potencialidades hermenêuticas e legislativas aqui desenvolvidas. Destarte, talvez se descortine uma pequena centelha que, no decorrer do tempo, se transforme em potente chama a transformar o atual panorama de impunidade, pelo menos no que tange ao Direito Penal Militar e especificamente nos dispositivos legais sob análise no curso do texto.

2 PRINCÍPIOS E REGRAS CONSTITUCIONAIS

A Constituição Federal de 1988 apresenta um conjunto de enunciados normativos que, segundo a doutrina de Luís Roberto Barroso[1] (há entendimento diverso por parte de Humberto Ávila), podem ser divididos em princípios e regras.

Os princípios são enunciados de baixa densidade normativa, que normalmente apresentam alto grau de abstração e definem decisões políticas fundamentais e fins públicos a serem perseguidos pelo

[1] BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2009, p. 203 e s.

Estado. São verdadeiros mandados de otimização. Nesse diapasão, Barroso menciona que são a porta de entrada pela qual os valores passam do plano ético para o plano jurídico[2]. São exemplos de princípios constitucionais a República, o Estado Democrático de Direito, a Federação, a Legalidade, a Dignidade da Pessoa Humana e a Inafastabilidade da Prestação Jurisdicional, entre outros.

Já as regras compreendem enunciados que exprimem mandamentos ou permissões com alto grau de concretude e precisão, de tal forma que, em algumas situações, as regras constitucionais "realizam" os objetivos expostos pelos princípios.

Alguns exemplos de regras são a idade mínima para um cidadão se candidatar a Presidente da República, a idade para aposentadoria compulsória do servidor público, o fato de que nenhum benefício de seguridade social pode ser criado sem indicação de fonte de custeio e o cabimento de *habeas corpus* para coibir ameaça ou coação à liberdade de locomoção, entre inúmeras outras[3].

Os princípios se relacionam com a possibilidade de justiça e as regras com a ideia de segurança jurídica. Um sistema totalmente aberto, com maioria absoluta de princípios, mostra-se muito flexível e capaz de se fazer justiça em qualquer caso, eis que a interpretação se adapta a qualquer caso, porém se mostra insegura juridicamente, pois deixa ao total alvitre do Magistrado interpretar a norma. Um sistema rígido e repleto de regras se mostra muito seguro juridicamente (era a pretensão do positivismo jurídico), porém se revela injusto, pois não é

[2] BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2009, p. 203 e s.
[3] BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2009, p. 205 e s.

capaz de prever e se adaptar a todas as situações. O ideal é um sistema equilibrado.

Nesse sentido, vale a doutrina de Luís Roberto Barroso[4]:

> A proteção dos consensos é feita por meio de regras – âmbito no qual se situa o núcleo essencial dos princípios –, ficando limitada, em sua interpretação, quer a ação do legislador, quer a de juízes e tribunais. Já o pluralismo político se manifestará na escolha, pelas maiorias de cada época, dos meios que serão empregados para a realização dos valores e fins constitucionais – i.e., dos princípios – em tudo que diga respeito à sua parte não nuclear. O ponto merece breve aprofundamento.
> Como já dito e reiterado, regras são descritivas de conduta, ao passo que princípios são valorativos ou finalísticos. Essas características dos princípios pode acarretar duas consequências. Por vezes, a abstração do estado ideal indicado pela norma dá ensejo a certa elasticidade ou indefinição no seu sentido. É o que acontece, e.g., com a dignidade da pessoa humana, cuja definição varia, muitas vezes, em função de concepções políticas, filosóficas, ideológicas e religiosas do intérprete. Em segundo lugar, ao empregar princípios para formular opções políticas, metas a serem alcançadas e valores a serem preservados e promovidos, a Constituição nem sempre escolhe os meios que devem ser empregados para preservar ou alcançar esses bens jurídicos. Mesmo porque, e esse é um ponto importante, frequentemente, meios variados podem ser adotados para alcançar o mesmo objetivo. As regras, uma vez que descrevem condutas específicas desde logo, não ensejam essas particularidades.

Enquanto os princípios são ponderáveis, as regras funcionam por subsunção, ou seja, aplicam-se binariamente (se a situação se enquadra na descrição da regra, esta é aplicada; caso contrário, não será empregada).

[4] BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2009, p. 210 e s.

Segundo um conceito mais didático, os princípios podem ser representados graficamente por dois círculos concêntricos. A área entre o círculo externo e o círculo interno ("coroa circular") compreende o espaço de deliberação democrática em relação ao qual o Legislador pode atuar, ampliando ou restringindo a eficácia e alcance desse princípio. É também um espaço destinado ao hermeneuta, que pode dar concretude ao princípio, concedendo-lhe maior ou menor importância em uma ponderação de interesses (eventual colisão com outro princípio), ou maior ou menor eficácia nessa hipótese real.

Acerca dessa questão, Luís Roberto Barroso faz um alerta, mencionando que

> essa função diferenciada de princípios e regras tem repercussão prática, notadamente porque ajuda a demarcar os espaços de competência entre o intérprete constitucional – sobretudo o intérprete judicial – e o legislador. A abertura dos princípios constitucionais permite ao intérprete estendê-los a situações que não foram originalmente previstas, mas que se inserem logicamente no raio de alcance dos mandamentos constitucionais. Porém, onde o constituinte tinha reservado a atuação para o legislador ordinário não será legítimo pretender, pela via de interpretação constitucional, subtrair do órgão de representação popular as decisões que irão realizar os fins constitucionais, aniquilando o espaço de deliberação democrática. É preciso distinguir, portanto, o que seja abertura constitucional do que seja silêncio eloquente.[5]

Já a área interna ao círculo menor compreende o chamado "núcleo duro" do princípio, que é inderrogável e irredutível, sob pena de violar-

[5] O autor ainda menciona que exemplo de silêncio eloquente é a não atribuição de competência ao legislador federal para criar monopólios públicos. Sobre o tema, vide BARROSO, Luís Roberto,*Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2009, p. 211.

se a força normativa da Constituição Federal. Caso fosse permitido reduzir a eficácia de um princípio para aquém de seu núcleo essencial, a Carta Federal possuiria um enunciado sem qualquer expressão normativa, praticamente "letra morta", o que por certo afeta a Unidade da Constituição, que não possui enunciados mais importantes que outros. Dessa forma, conclui-se que o núcleo essencial dos princípios tem a forma de regra, eis que não pode ser ponderado ou mitigado.

Alguns princípios, malgrado possam ter sua eficácia mitigada, caso sejam reduzidos ao seu núcleo essencial, formarão o que se chama de *"Mínimo Existencial"*. Sobre esse conceito, vale transcrever a lição precisa de Ricardo Lobo Torres[6]:

> O tema do conteúdo essencial dos direitos fundamentais foi estudado sobretudo na Alemanha. O art. 19, § 2º, da Constituição de Bonn, ao encerrar o catálogo dos direitos fundamentais (do art. 1º ao art. 18) declarou-os suscetíveis de restrições pelo legislador ordinário, salvo no seu "conteúdo essencial". Influenciou a Constituição Portuguesa.
> O conteúdo essencial é o núcleo intocável e irrestringível dos direitos fundamentais (da liberdade ou sociais). Constitui limite para a atuação dos poderes do Estado.
> O tema do conteúdo essencial se desenvolve sobretudo em torno das questões ligadas às restrições a direitos fundamentais.
> […]
> Para os adeptos da teoria externa das restrições[7], o

[6] TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*, 2009, p. 87 e s.

[7] A teoria externa é defendida por diversos autores na Alemanha (Alexy e Borowski), em Portugal (José Carlos Vieira de Andrade) e no Brasil (Jane Reis Pereira e Virgílio Afonso da Silva) e se baseia na convicção de que os direitos fundamentais são restringíveis por intervenções exteriores ao seu conteúdo essencial. Alexy as classifica em restrições diretamente e indiretamente constitucionais. As primeiras decorrem de norma de nível constitucional. As últimas são aquelas cuja autorização para limitação do direito fundamental está na Constituição e se processam em norma infraconstitucional. A teoria interna ou imanente foi adotada por Häberle e preconiza que o conteúdo essencial (*Wesensgehalt*) dos direitos fundamentais se contém em limites imanentes insuscetíveis de ponderação. Para a teoria interna não

> conteúdo essencial, consistindo no núcleo irredutível dos direitos fundamentais resultante das ponderações e restrições, coincide com a base do mínimo existencial, que é a parcela indisponível dos direitos fundamentais aquém da qual desaparece a possibilidade de se viver com dignidade. O mínimo existencial, como "último conteúdo essencial" dos direitos fundamentais, é irredutível e indisponível: nele coincidem a essência e a existência.

Embora parte da doutrina mais importante no assunto (Luiz Edson Fachin[8] e Ana Paula de Barcellos[9]) mencione apenas os direitos sociais como integrantes desse Mínimo Existencial, Ricardo Lobo Torres[10] – e nesse sentido este trabalho também se posiciona – entende que também a liberdade e a segurança, como direitos fundamentais – e obrigação do Estado – que são, merecem integrar esse conteúdo mínimo e essencial. Ricardo Lobo Torres explica com maestria a questão:

> A liberdade tem uma característica que se ausenta dos outros valores: a de ser simultaneamente um valor e um dado existencial. A liberdade do homem, diferentemente do que acontece com a justiça ou a solidariedade, pode ser objeto de ofensas que afetam a própria existência física do indivíduo.
>
> Daí se segue que o mínimo existencial deixa-se tocar pelo princípio da liberdade fática. O homem não pode ser privado, em qualquer situação, do mínimo necessário à conservação de sua vida e de sua liberdade[11].
>
> [...]

existe restrição a direitos fundamentais. Adota-se, aqui, a teoria externa, reputada como mais adequada à democracia, eis que permite que o Parlamento delibere com razoável liberdade sobre a ampliação ou restrição de um direito fundamental, como consectário dos fins constitucionais.

[8] FACHIN, L. E. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*, 2006.

[9] BARCELLOS, A. P. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade humana, 2002.

[10] TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*, 2009.

[11] TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*, 2009, p. 139.

> A segurança é outro valor de grande complexidade, que interage com os demais valores éticos e jurídicos e que contribui para dificultar a compreensão do mínimo existencial. O relacionamento entre segurança e justiça é "dramático".
> De uma parte aparece como segurança dos direitos individuais, isto é, como apanágio da liberdade. Deve ser garantida em sua extensão máxima. Pode assumir a feição de segurança da existência, expressão também utilizada para o mínimo existencial.[12]

Nesse sentido, verifica-se que tanto o direito à liberdade (*Freiheitsrecht*) – no contexto de o cidadão ter seu direito pleno de ir e vir sem ser objeto de ofensas penalmente relevantes, quanto o direito à segurança e existência (*Existenzsicherung*) são componentes do chamado Mínimo Existencial, sem os quais o indivíduo não pode ter uma vida digna.

Portanto, coexistem, dentro do próprio cabedal normativo da Constituição Federal, direitos fundamentais e princípios com aplicabilidade penal, o que pode causar confusão em primeira visão, porém de fato apenas convergem com os objetivos do presente trabalho, eis que irão fornecer a percepção de que o Direito Penal deve atender aos dois lados da escala: o aspecto protetivo do cidadão e, em particular, do indiciado/denunciado/acusado, e o aspecto protetivo da sociedade, materializado pelo Princípio da Vedação à Proteção Deficiente.

3 GARANTISMO PENAL E O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A doutrina do Garantismo Penal foi idealizada por Luigi Ferrajoli[13], em sua obra "Direito e Razão".

[12] TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*, 2009, p. 144.
[13] FERRAJOLI. L. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal, 2010.

Segundo Ferrajoli, existem três planos normativos para o Garantismo. Se trata, no tocante ao Direito Penal, de um modelo de "estrita legalidade", que sob o prisma epistemológico, caracteriza-se como um sistema cognitivo de poder mínimo, sob o plano político, caracteriza-se como uma técnica de tutela idônea a minimizar a violência e maximizar a liberdade, e, sob o plano jurídico, como um sistema de vínculos impostos à função punitiva do Estado em garantia dos direitos dos cidadãos. É, portanto, "garantista", todo sistema penal que se conforma normativamente com tal modelo e que o satisfaz efetivamente[14].

Na verdade, segundo o próprio autor, deve-se falar mais em graus de garantismo que em sistemas garantistas ou não.

No Brasil, existem distorções severas no sistema penal: da insuficiência de meios periciais ao excesso de feitos nos juízos criminais, passando pela inegável ideia, difundida no povo, de que o autor do delito não merece ter qualquer garantia como ser humano (a ideia de que "direitos humanos" se destinam a "humanos direitos"), as mazelas se espraiam nesse sistema. Muito se fala sobre as consequências desse panorama, mas talvez a pior seja a sensação de impunidade, principalmente no tocante aos delitos mais graves. Nesse sentido, mostra-se essencial demonstrar a necessidade de que o Garantismo Penal tenha uma segunda face, que visa resguardar a sociedade contra práticas delituosas que terminam por violar a liberdade e a segurança dos cidadãos brasileiros.

[14] FERRAJOLI. L. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal, 2010, p. 785/786.

Dessa feita, faz-se mister ressaltar a doutrina de Fernanda Mambrini Rudolfo, Defensora Pública do Estado de Santa Catarina[15]:

> Em fase mais recente, iniciou-se a defesa de bens de titularidade incerta, considerada difusa ou coletiva, o que se denominou direito fundamental de terceira geração.
> Já os direitos chamados de terceira geração peculiarizam-se pela titularidade difusa ou coletiva, uma vez que são concebidos para a proteção não do homem isoladamente, mas de coletividades, de grupos. Tem-se, aqui, o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade do meio ambiente, à conservação do patrimônio histórico e cultural.
> Analisando-se as três gerações de direitos fundamentais, constata-se que o Estado, através de omissão ou atuação, deve sempre assegurar a concretização mínima de tais direitos, o que serve como limite de sua interpretação, buscando reduzir ao máximo a discricionariedade [...]

A segurança é, sem dúvida, um direito destinado à coletividade, portanto, um direito fundamental de terceira geração. É, portanto, dever do Estado assegurar que a sociedade tenha, mesmo que no âmbito do Mínimo Existencial, assegurado esse direito. Com o advento da Carta de 1988, o constitucionalismo brasileiro passou por uma transformação e a força normativa da Constituição[16] ganhou cada vez mais destaque, principalmente nos tribunais superiores e no Pretório Excelso. Nesse sentido, esses direitos fundamentais de terceira geração vieram à tona e ganharam espaço na atividade jurisdicional.

---

[15] RUDOLFO, F. M. A dupla face dos direitos fundamentais: a aplicação dos princípios da proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição no direito penal, *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 5, p. 345-368, 2011.
[16] HESSE, K. *A força normativa da Constituição*, 1991.

Nada mais coerente que, sendo a Constituição Federal um conjunto de princípios e regras, um direito fundamental como a segurança seja assegurado a toda a coletividade.

Note-se que não se trata de enxergar o autor do crime como a figura Lombrosiana ou como aquele desprovido de direitos humanos, mas sim abordar com coerência e proporcionalidade o fato delituoso, tanto sob o prisma garantista negativo – deveres de abstenção do Estado em face do cidadão acusado – quanto sob o parâmetro positivo – o Estado assegurar um mínimo de liberdade e segurança à sociedade.

O garantismo sob o prisma negativo, que se coaduna com a proibição de excesso por parte do Estado (*Übermassverbot*), revela deveres de abstenção a que o poder punitivo estatal está obrigado a cumprir, não violando o que Ferrajoli denomina de "axiomas"[17].

Em sua obra, Ferrajoli menciona que sua doutrina pretende responder aos seguintes questionamentos: se, por que, quando e como punir; se, por que, quando e como proibir; e se, por que, quando e como julgar. O autor enumera dez axiomas (A1 até A10) destinados a responder os quesitos "quando e como", já que os demais ("se e por que") são respondidos mediante crítica em desfavor tanto das doutrinas abolicionistas quanto das extremas, voltadas ao direito penal máximo, associada à proposta de uma tese utilitarista "reformada"[18]. Os axiomas são, portanto, garantias penais e processuais penais que visam, segundo o autor, fornecer ao cidadão a proteção contra o arbítrio estatal nessa matéria.

[17] Axioma, segundo a matemática, é um postulado que não se pode demonstrar, mas se aceita como ponto de partida para uma teoria, que será nele fundamentada.
[18] FERRAJOLI. L. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal, 2010, p. 18.

Em seguida, estão descritos os dez axiomas[19]:

> a) *Nulla poena sine crimine* (não há pena sem crime);
> b) *Nullum crimen sine lege* (obediência à legalidade estrita para a tipificação penal);
> c) *Nulla lex penalis sine necessitate* (princípio da necessidade ou da economia);
> d) *Nulla necessitas sine injuria* (princípio da lesividade ou da ofensividade do evento);
> e) *Nulla injuria sine actione* (princípio da materialidade, necessidade de exteriorização da ação humana);
> f) *Nulla actio sine culpa* (princípio da culpabilidade ou responsabilidade pessoal);
> g) *Nulla culpa sine iudicio* (submissão à jurisdição);
> h) *Nullum iudicium sine accusatione* (separação funcional e subjetiva entre juiz e acusação);
> i) *Nulla accusatio sine probatione* (princípio do ônus da prova);
> j) *Nulla probatio sine defensione* (princípio do contraditório e ampla defesa).

Sinteticamente, pode-se dizer que não há pena sem crime, que por sua vez deve estar previsto previamente em lei, esta que não deve ser elaborada sem necessidade, sempre pautada na lesividade da conduta, que por sua vez deve ser a causadora da lesão e sem ela não há culpa, que só pode ser reconhecida judicialmente por magistrado imparcial e com funções divorciadas da acusação, que por sua vez só pode ser

[19] FERRAJOLI. L. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal, 2010, p. 91.

feita com base em provas, estas submetidas ao contraditório e à ampla defesa.

Como o próprio Ferrajoli menciona em sua obra, existem sistemas com diversos graus de garantismo. A doutrina garantista se baseou no sistema penal italiano e, portanto, deve ser "lido" de acordo com cada país.

Evidentemente, no caso brasileiro, há que se ponderar e atenuar alguns postulados que o autor construiu em sua doutrina. Não se trata de uma desconstrução do garantismo, mas sim a devida adaptação à realidade pátria.

Não há a possibilidade, no atual estado da sociedade brasileira, que se venha a abolir, por exemplo, a prisão preventiva, tal qual propõe Ferrajoli. Da mesma forma, não há como olvidar que a sociedade merece proteção por parte do Estado, principalmente no que tange às condutas penalmente mais deletérias (crimes dolosos contra a vida, tráfico de entorpecentes, crimes patrimoniais com violência ou grave ameaça, crimes contra a Administração Pública etc).

A falta da adequada seletividade por parte do legislador brasileiro gera um efeito "dominó". O legislador elege condutas praticamente irrelevantes como penalmente puníveis. A sociedade, carente da cultura jurídica, aprende que a polícia é a solução para os conflitos, inclusive aqueles que deveriam ser alheios a esse tipo de solução. Tudo é "caso de polícia", desde o ruído excessivo do vizinho até a troca de ofensas em uma discussão no trânsito. Em seguida, os órgãos estatais encarregados de apuração, persecução e julgamento se veem assoberbados, colocando na mesma "pilha" feitos relacionados a

condutas graves e outros contendo situações irrelevantes ou passíveis de solução por outros ramos do direito. Os meios disponíveis – humanos e materiais – são escassos a atender toda essa demanda. A sociedade, por sua vez, se vê submersa em um mar de impunidade, eis que condutas muito graves com frequência ficam sem a devida apuração e, quando são apuradas, todo o procedimento demora muito tempo. Em alguns casos, a prescrição da pretensão punitiva atinge o fato, gerando mais impunidade. Toda essa engrenagem gera, na sociedade, efeitos terríveis, como a vontade de realizar a autotutela penal, a sensação de que se pode violar a norma penal sem maiores consequências e, naturalmente, o aumento da criminalidade organizada.

Não é a proposta deste trabalho ingressar no complexo debate envolvendo a eficácia do recrudescimento das penas, mas sim demonstrar a necessidade de que algumas condutas carecem de um ajuste hermenêutico enquanto o legislador não as adequar a um parâmetro mínimo de proteção à sociedade, bem como revelar a necessidade de alterações legislativas.

Nesse diapasão, o princípio da proporcionalidade, em seus três ramos (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) oferece uma escala na qual tem-se, em cada extremo, uma face do garantismo.

No primeiro extremo da escala, tem-se a já mencionada proteção em face do arbítrio estatal, materializada pelos dez axiomas de Ferrajoli. É chamado de garantismo negativo. Visa proteger o cidadão dos excessos praticados pelos agentes estatais encarregados da persecução penal.

No outro extremo da escala, tem-se a necessidade de proteger a sociedade daquelas condutas delituosas mais severas ou deletérias. O Estado deve, assim, seja por intermédio do legislador, do juiz ou do executor da pena, garantir que os autores dessas condutas tenham uma reprimenda mais efetiva, apta a gerar tanto formal quanto materialmente a segurança que se espera desse sistema persecutório. É o chamado garantismo positivo, visto que exige um atuar estatal.

É justamente o princípio da proporcionalidade, sob o prisma do garantismo positivo, que irá construir a ideia da vedação à proteção deficiente.

4 VEDAÇÃO À PROTEÇÃO DEFICIENTE E PROPOSTAS PARA A APLICAÇÃO NO CPM

Como corolário das duas faces do Garantismo e do princípio da proporcionalidade no âmbito penal, verifica-se que o viés negativo visa proteger o investigado, denunciado ou acusado, enquanto o viés positivo visa proteger a vítima em potencial e, em sentido amplo, a sociedade como um todo.

No cenário nacional, Gilmar Mendes é um dos doutrinadores que defende a tese do garantismo positivo, mencionando que a Corte Constitucional Alemã tem reconhecido a lesão ao chamado princípio da proteção deficiente[20].

O Eminente Ministro do STF ainda menciona essa dupla face do princípio da proporcionalidade em voto recente, em Recurso Extraordinário ainda pendente de julgamento, em que o Pretório

[20] BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional*, 2015.

Excelso aprecia a descriminalização do porte de substância entorpecente. Malgrado o Ministro Gilmar Mendes tenha opinado pela atipicidade penal da conduta, cabe aqui mencionar a precisão de um trecho de seu voto – descrito no Informativo 795, do STF – em que reconhece a necessidade da proteção à sociedade pelo duplo viés do princípio da proporcionalidade:

> O Ministro Gilmar Mendes assentou que estariam em jogo os valores da saúde pública, de um lado, e da intimidade e vida privada, de outro. Enfatizou, no ponto, que os direitos fundamentais expressariam um postulado de proteção, a qual não poderia ser insuficiente, sequer excessiva. Assim, a Constituição conteria mandados expressos de criminalização, bem assim conferiria ao legislador margem de ação para definir a forma mais adequada de proteção aos bens jurídicos fundamentais, inclusive a opção por medidas de natureza penal. A liberdade do legislador estaria, portanto, limitada pelo princípio da proporcionalidade, sob pena de excesso de poder legislativo [...]
> RE 635659/SP, rel. Min. Gilmar Mendes, 19 e 20.8.2015. (RE-635659).

No caso em questão, o Ministro Gilmar Mendes menciona o excesso de poder legislativo ou a insuficiência de sua atuação, o que pode dar a entender que a vedação à proteção deficiente se destina somente ao legislador, mas de fato se dirige também ao intérprete da norma e até mesmo aos responsáveis pela execução da pena.

Na visão de Fernanda Mambrini Rudolfo, o Estado deve nortear pelo que preceitua o movimento garantista, tanto no viés negativo quanto no viés positivo, sempre assegurando os direitos fundamentais envolvidos em cada caso[21].

[21] RUDOLFO, F. M. A dupla face dos direitos fundamentais: a aplicação dos princípios da proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição no direito penal, *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 5, p. 345-368, 2011.

Vale mencionar também a doutrina sempre coerente do Prof. Ingo Sarlet[22]:

> O Estado – também na esfera penal – poderá frustrar o seu dever de proteção atuando de modo insuficiente (isto é, ficando aquém dos níveis mínimos de proteção constitucionalmente exigidos) ou mesmo deixando de atuar, hipótese por sua vez vinculada (pelo menos em boa parte) à problemática das omissões inconstitucionais. É nesse sentido que – como contraponto à assim designada proibição de excesso – expressiva doutrina e inclusive jurisprudência têm admitido a existência daquilo que se convencionou batizar de proibição da insuficiência (no sentido de insuficiente implementação dos deveres de proteção do Estado e como tradução livre do alemão *Untermassverbot*).

O *leading case* em que o Tribunal Constitucional Alemão (Bundesverfassungsgericht - BverfGE) tratou do contraponto entre proibição do excesso e vedação à proteção deficiente foi em 28/5/1993 (BverfGE 88,203), ao apreciar a uma lei datada de 1975 sobre descriminalização do aborto.

Enquanto o viés negativo do garantismo exige um dever geral de abstenção estatal em relação a praticar excessos, o aspecto positivo desse mesmo garantismo impõe um atuar positivo do Estado no sentido de proteger a segurança e a liberdade da coletividade em relação àquelas condutas mais graves.

Nesse ponto, cabe abrir espaço para que seja delineada, por intermédio do Mínimo Existencial, sem muito aprofundamento, a questão da

[22] SARLET, I. W. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e de insuficiência. In: *Revista de Estudos Criminais*, n. 12, ano 3, 2003, p. 88.

omissão estatal no cumprimento desse dever de prover a segurança e a liberdade da sociedade.

Sabe-se que o Estado detém o monopólio no emprego do poder punitivo e, salvo nos casos de legítima defesa ou estado de necessidade, também possui a exclusividade no uso da força. Para cumprir seu desiderato de proteger a ordem pública, o patrimônio, a vida e a incolumidade das pessoas (art. 144 da Constituição Federal), o Estado dispõe de um imenso aparato policial, seja de natureza preventiva e ostensiva (Polícias Militares), seja de natureza investigativa (polícia judiciária) e repressiva (Polícias Civil e Federal). O mesmo ocorre em relação ao prisma legislativo e judicante, em que o Estado gasta um quantitativo enorme de recursos para que as funções legislativa e jurisdicional funcionem. Também é cediço que esses meios materiais e humanos são finitos, de modo que sobre eles também pode subsistir o argumento sempre empregado pelo Estado para justificar suas omissões, que é a chamada Reserva do Possível (*Vorbehalt des Möglichen*), expressão talhada também pelo Tribunal Constitucional Alemão.

A Reserva do Possível – que, segundo Ricardo Lobo Torres, não é um princípio, mas um conceito heurístico aplicável aos direitos sociais[23] – nada mais é que a limitação estatal de cumprir um determinado mandamento constitucional em certa situação, o que justifica, em certos casos, sua omissão. Nesse sentido, se atesta que o Estado não é onipresente, nem onipotente e muito menos onisciente.

Todavia, segundo Ricardo Lobo Torres, a Reserva do Possível não é aplicável nem oponível ao Mínimo Existencial, que se vincula à previsão

[23] TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*, 2009, p. 105.

orçamentária e às garantias institucionais de liberdade, plenamente sindicáveis nos casos de omissão administrativa ou legislativa[24].

Nesse sentido, faz-se mister transcrever o voto do Ministro Celso de Mello na ADPF nº 45, proferido em 29/4/2004:

> É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais – além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização – depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico- financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política.
> Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese – mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa – criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.
> Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" – ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.
> Daí a correta ponderação de ANA PAULA DE BARCELLOS ("A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais", p. 245-246, 2002, Renovar):"Em resumo: a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro

[24] TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*, 2009, p. 105/106.

lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição.

A meta central das Constituições modernas, e da Carta de 1988 em particular, pode ser resumida, como já exposto, na promoção do bem-estar do homem, cujo ponto de partida está em assegurar as condições de sua própria dignidade, que inclui, além da proteção dos direitos individuais, condições materiais mínimas de existência. Ao apurar os elementos fundamentais dessa dignidade (o mínimo existencial), estar-se-ão estabelecendo exatamente os alvos prioritários dos gastos públicos. Apenas depois de atingi-los é que se poderá discutir, relativamente aos recursos remanescentes, em que outros projetos se deverá investir. O mínimo existencial, como se vê, associado ao estabelecimento de prioridades orçamentárias, é capaz de conviver produtivamente com a reserva do possível."

Vê-se, pois, que os condicionamentos impostos, pela cláusula da "reserva do possível", ao processo de concretização dos direitos de segunda geração – de implantação sempre onerosa –, traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro, (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.

Desnecessário acentuar-se, considerado o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do mencionado binômio (razoabilidade da pretensão + disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação de cumulativa ocorrência, pois, ausente qualquer desses elementos, descaracterizar-se-á a possibilidade estatal de realização prática de tais direitos.

Não obstante a formulação e a execução de políticas públicas dependam de opções políticas a cargo daqueles que, por delegação popular, receberam investidura em mandato eletivo, cumpre reconhecer que não se revela absoluta, nesse domínio, a liberdade de conformação do legislador, nem a de atuação do Poder Executivo.

> É que, se tais Poderes do Estado agirem de modo irrazoável ou procederem com a clara intenção de neutralizar, comprometendo-a, a eficácia dos direitos sociais, econômicos e culturais, afetando, como decorrência causal de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental, aquele núcleo intangível consubstanciador de um conjunto irredutível de condições mínimas necessárias a uma existência digna e essenciais à própria sobrevivência do indivíduo, aí, então, justificar-se-á, como precedentemente já enfatizado – e até mesmo por razões fundadas em um imperativo ético-jurídico –, a possibilidade de intervenção do Poder Judiciário, em ordem a viabilizar, a todos, o acesso aos bens cuja fruição lhes haja sido injustamente recusada pelo Estado.

Na questão em pauta, ou seja, a vedação à proteção deficiente, o Estado não poderá, portanto, alegar falta de recursos humanos ou materiais (leia-se, "Reserva do Possível") para justificar sua omissão em prover a segurança e a liberdade, quando essa ausência de providências atingir a sociedade em um nível tal que a dignidade humana reste violada em seu núcleo essencial. Nesses casos, não será justificável a omissão estatal.

Atualmente, a sociedade se vê refém do crime organizado, patrocinado e protegido em grande parte pelo tráfico ilícito de entorpecentes e outras práticas deletérias (tráfico de armas de fogo, lavagem de bens e valores, corrupção e crimes contra a Administração Pública de um modo geral). A grande vítima é o cidadão, que tem sua liberdade e segurança violadas muitas vezes em seu núcleo essencial (cidadãos que não podem sair de casa para não correrem o risco de serem vitimados por tiroteios entre integrantes de facções criminosas, pontos das metrópoles onde o Estado é inteiramente ausente e impera o poder paralelo das organizações criminosas, que permite que a prática da

extorsão, da ameaça e dos homicídios seja algo comum, entre outras situações). Nesses casos, o Estado tem o dever de atuar, tanto na esfera legislativa, quanto na judicial e na administrativa.

Nesse azimute, o que se pretende neste trabalho é firmar o entendimento de que, nesses casos mais graves, em que há o envolvimento de tráfico ilícito de entorpecentes, de homicídios decorrentes de grupos de extermínios ou contra agentes estatais, de latrocínios e de crimes contra a Administração Pública (principalmente Peculato, Concussão e Corrupção Ativa e Passiva, que corroem as políticas públicas e os valores a elas associados), o Estado tem o dever de criar políticas diferenciadas, tanto no campo legislativo, quanto no campo hermenêutico, a fim de assegurar que os sujeitos ativos desses delitos sejam punidos eficazmente.

Especificamente no caso do Direito Penal Militar, ramo jurídico objeto contumaz de omissão estatal do Legislativo, existem algumas hipóteses que carecem de "ajuste hermenêutico" ou alteração da redação. O Legislativo brasileiro, nas alterações que promove no Código Penal e na legislação comum extravagante, raramente se recorda que existe um diploma penal militar, cuja importância é fundamental na manutenção da "sanidade" moral e disciplinar das Forças Armadas, bem como prevenindo que civis pratiquem crimes militares.

O primeiro – e mais importante – caso é o do art. 290 do CPM (Código Penal Militar). O dispositivo em questão tem a seguinte redação:

> Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que

> determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
> Pena – reclusão, até cinco anos.
> Casos assimilados
> § 1º Na mesma pena incorre, ainda que o fato incriminado ocorra em lugar não sujeito à administração militar:
> I – o militar que fornece, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a outro militar;
> II – o militar que, em serviço ou em missão de natureza militar, no país ou no estrangeiro, pratica qualquer dos fatos especificados no artigo;
> III – quem fornece, ministra ou entrega, de qualquer forma, substância entorpecente ou que determine dependência física ou psíquica a militar em serviço, ou em manobras ou exercício.
> Forma qualificada
> § 2º Se o agente é farmacêutico, médico, dentista ou veterinário:
> Pena – reclusão, de dois a oito anos.

Vale observar, para fins de comparação, o *caput* do art. 33 da Lei 11.343/2006:

> Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
> Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Comparando-se os dois dispositivos, verifica-se que ambos têm diversos verbos em comum (preparar, produzir, vender, fornecer, trazer consigo, ministrar, entregar a consumo etc), tornando claro

que o tipo penal do art. 290 do CPM abrange não somente a posse de substância entorpecente, mas também seu tráfico ilícito.

Tal previsão legal decorre do fato de se tratar de uma codificação antiga, datada de 1969, quando não se falava em tráfico de entorpecentes, pelo menos não como existe hoje. Desse modo, as duas formas (posse e tráfico) restaram "coibidas" no mesmo dispositivo legal. Esse fato gerou distorções ao longo do tempo, eis que o traficante de entorpecentes, no âmbito da Justiça Militar, passou a ter a mesma disciplina do usuário e, com isso, uma sanção extremamente leve para uma conduta notoriamente deletéria para a sociedade.

O leitor deve imaginar o prejuízo causado pelo tráfico de entorpecentes dentro de uma Organização Militar. Cada militar está sempre sujeito a ser empregado todo o tempo e, não raras ocasiões, porta armas de fogo de alto poder vulnerante, manuseia explosivos e conduz veículos pesados. Essas especificidades levaram inclusive ao Supremo Tribunal Federal a tratar de forma diferenciada a questão do Princípio da Insignificância no crime militar de posse de entorpecentes. Hoje, as duas Turmas do STF são uníssonas em dizer que não cabe insignificância em porte de entorpecentes por militar em local sujeito à Administração Militar.

Nesse sentido, vale a transcrição do Informativo 608, do STF, em que o Plenário firmou entendimento sobre o tratamento diferenciado que deve ser dado ao art. 290 do CPM:

> Em conclusão de julgamento, o Plenário, por maioria, indeferiu habeas corpus, afetado ao Pleno pela 2ª Turma, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal Militar – STM em favor de militar condenado pelo crime de posse de substância entorpecente em

lugar sujeito à administração castrense (CPM, art. 290) — v. Informativos 519 e 526. Entendeu-se que, diante dos valores e bens jurídicos tutelados pelo aludido art. 290 do CPM, revelar-se-ia inadmissível a consideração de alteração normativa pelo advento da Lei 11.343/2006. Assentou-se que a prática da conduta prevista no referido dispositivo legal ofenderia as instituições militares, a operacionalidade das Forças Armadas, além de violar os princípios da hierarquia e da disciplina na própria interpretação do tipo penal. Asseverou-se que a circunstância de a Lei 11.343/2006 ter atenuado o rigor na disciplina relacionada ao usuário de substância entorpecente não repercutiria no âmbito de consideração do art. 290 do CPM, não havendo que se cogitar de violação ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Salientou-se, ademais, que lei posterior apenas revoga anterior quando expressamente o declare, seja com ela incompatível, ou regule inteiramente a matéria por ela tratada. Concluiu-se não incidir qualquer uma das hipóteses à situação em tela, já que o art. 290 do CPM seria norma especial. Em seguida, reputou-se inaplicável, no âmbito do tipo previsto no art. 290 do CPM o princípio da insignificância. No ponto, após discorrer que o referido postulado tem como vetores a mínima ofensividade da conduta do agente, a nenhuma periculosidade social da ação, o reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e a inexpressividade da lesão jurídica provocada, concluiu-se que o entorpecente no interior das organizações militares assumiria enorme gravidade, em face do perigo que acarreta, uma vez que seria utilizado, no serviço, armamento de alto poder ofensivo, o que afetaria, diretamente, a operacionalidade da tropa e a segurança dos quartéis, independentemente da quantidade da droga encontrada, e agrediria, dessa forma, os valores básicos das instituições militares. O Min. Gilmar Mendes, tendo em conta o recente posicionamento do Plenário acerca da matéria no julgamento do HC 103684/DF (j. em 21.10.2010), acompanhou o colegiado, fazendo ressalva do seu entendimento pessoal em sentido contrário. Vencido o Min. Eros Grau que concedia o writ. HC 94685/CE, rel. Min. Ellen Gracie, 11.11.2010. (HC-94685).

Se o Plenário do STF firmou esse entendimento no tocante à posse de entorpecentes, o que se dirá do tráfico ilícito, crime militar com lesividade extremamente alta.

Nesse diapasão, a proposta que ora se faz tem natureza hermenêutica e se dirige não apenas aos Conselhos Permanente e Especial de Justiça no âmbito da Justiça Militar (seja da União ou dos Estados), mas também ao Superior Tribunal Militar, aos Tribunais de Justiça Militar e aos Tribunais de Justiça.

A proposta é que, enquanto o Legislador pátrio não se sensibilize com a necessidade de adequação da lei penal militar com o mínimo de proteção que a sociedade precisa (vedação à proteção deficiente), a fim de que a coletividade não se veja prejudicada em sua segurança pelo verdadeiro estímulo à prática delituosa materializada nesse dispositivo, os órgãos jurisdicionais mencionados apliquem a pena mínima de três anos de reclusão (média entre um e cinco anos) quando se tratar de tráfico ilícito de entorpecentes com base no art. 290 do CPM. Caso se trate de sentenciado civil (ou militar que perca esta qualidade), que o cumprimento ocorra em regime inicial fechado, tal qual o habitualmente decidido em relação aos sentenciados pela conduta descrita no art. 33 da Lei 11.343/2006. Com esse "ajuste hermenêutico", satisfaz-se tanto ao princípio constitucional da individualização da pena (ao tratar separadamente o usuário e o traficante) quanto à proteção ao núcleo essencial do princípio constitucional relativo à segurança e à liberdade. Com esse entendimento, pelo menos restará satisfeito, até que haja a devida alteração legislativa, o princípio da vedação à proteção deficiente.

A outra proposta que se faz neste trabalho não tem natureza hermenêutica, eis que não se permite a analogia em matéria penal para piorar a situação do acusado, mas sim de caráter legislativo (*lege ferenda*).

Trata-se de uma proposta geral de alteração do CPM para que todos os crimes militares que tenham mesma redação na lei penal comum e lá sejam considerados crimes hediondos passem a ter a mesma natureza também na lei penal militar. Nesse caso, o homicídio qualificado, o latrocínio e demais crimes hediondos teriam disciplina distinta também na lei penal militar, o que certamente conferiria à sociedade proteção semelhante, eis que, por exemplo, o latrocínio praticado em desfavor de um sentinela com o fito de subtrair armamento militar de alto poder vulnerante é considerado crime militar, mas não fica sujeito à disciplina da lei dos crimes hediondos para os fins de progressão de regime e obtenção do benefício de livramento condicional.

Do modo que a lei penal militar hoje é tratada pelo Legislativo e, de certa forma, pelo Judiciário (eis que trata, no caso do art. 290 do CPM, usuário e traficante da mesma forma), o Estado se omite de forma injustificada, eis que viola o princípio da vedação à proteção deficiente nesses aspectos.

5 CONCLUSÃO

Após as breves linhas acima delineadas, conclui-se sobre a necessidade de o Estado prover, principalmente no âmbito legislativo e judicial, a proteção ao núcleo essencial dos princípios constitucionais relacionados à segurança e à liberdade dos cidadãos, hoje violados em seu mínimo existencial pela sensação de a sociedade ser refém

do crime organizado e dependente de organismos estatais que não cumprem seu papel a contento por diversos motivos.

No âmbito do Direito Penal Militar, existe a sensação de que a criminalidade, ontem adstrita ao universo extramuros das Unidades Militares, hoje, mesmo que em menor escala, já aumentou vertiginosamente.

Dessa feita, há que se proteger a sociedade também pela implementação urgente de medidas legislativas e hermenêuticas, a fim de que o Direito Penal Militar não seja um estímulo para a prática delituosa e para que seja satisfeito o aspecto positivo do garantismo penal, ou seja, a vedação à proteção deficiente.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, A. P. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais:* o princípio da dignidade humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo. São Paulo, Saraiva, 2009.

BRANCO, P. G. G.; MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2015.

FACHIN, L. E. *Estatuto jurídico do patrimônio mínimo*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

FERRAJOLI. L. *Direito e razão*: teoria do garantismo penal. São Paulo: RT, 2010.

HESSE, K. *A força normativa da Constituição*. Porto Alegre: Editora Sérgio Antônio Fabris, 1991.

RUDOLFO, F. M. A dupla face dos direitos fundamentais: a aplicação dos princípios da proibição de proteção deficiente e de excesso de proibição no direito penal, *Revista Eletrônica Direito e Política*, v. 5, p. 345-368, 2011.

SARLET, I. W. Constituição e proporcionalidade: o direito penal e os direitos fundamentais entre proibição do excesso e de insuficiência. In: *Revista de Estudos Criminais*, n. 12, ano 3, Sapucaia do Sul: Editora Nota Dez, 2003.

TORRES, R. L. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

A justiça de transição no Brasil: perspectivas, normatização e efetividade

Marcos José Pinto
Doutorando em Direito Constitucional pela PUC(SP)
Mestre em Direito Processual e Cidadania pela UNIPAR(PR)

RESUMO: O presente artigo tem como objetivo fazer uma abordagem crítica ao instituto jurídico denominado Justiça de Transição, delimitando-se o tema ao nosso país. Far-se-á uma investigação a fim de se conhecer a sua origem, o seu conceito e os objetivos a serem alcançados com esse caminho jurídico, bem assim, as perspectivas e expectativas que podem resultar de sua aplicação, sua necessidade, conhecer seus pilares de sustentação, sua normatização, enfim, aferir e verificar a efetividade da incidência da Justiça de Transição no Brasil após a nossa redemocratização. Também será realizada uma análise sobre a atuação do Ministério Público acerca do tema, verificando-se as ações judiciais até agora interpostas. Ainda será abordada a Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos, que condenou o Brasil no caso Gomes Lund.

PALAVRAS-CHAVES: Justiça de Transição. História. Importância. Expectativas. Efeitos.

ABSTRACT: This paper's objective is to make a critical approach to the juridical institute named as Transitional Justice, staking this theme

on our country. An investigation of its origins, its concepts and its objectives will be done, intending to know this juridical way, as well as the perspectives and expectations that may result of its application and needs, knowing better their lifts, standards; in short, to survey and to verify the effectiveness of Transitional Justice's incidence after our return to the democracy. An analysis over the Public Ministry's actions about this theme will also be carried, intending to verify its juridical actions until now. At last, the Sentence of Inter-American Court of Human Rights that condemned Brazil in Gomes Lund's case, will be handled.

KEYWORDS: Transitional Justice. History. Importance. Expectations. Effects.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Antecedentes históricos e definição de justiça de transição – 3. Pilares (eixos) básicos – 4. Responsabilização (punição) ou esquecimento (impunidade)? – 5. Como tem sido a atuação do Ministério Público – 6. A sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund *versus* Estado brasileiro – 7. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O medo seca a boca, molha as mãos e nos mutila. O medo de saber nos condena à ignorância. O medo de fazer as coisas nos torna impotentes. A ditadura militar, o medo de escutar, o medo de dizer, nos converteu em surdos-mudos. Agora a democracia, que tem medo de recordar, nos enche de amnésia. Mas não é preciso ser Sigmund Freud para saber que não há tapete que possa ocultar o lixo de nossa memória.
(Eduardo Galeano)

O que é e como nasceu a Justiça de Transição? Quais são os seus objetivos? Punição (Judicialização) ou esquecimento (Lei de Anistia) em relação às violações dos direitos humanos ocorridas durante o regime militar no Brasil? Como está a atuação do Ministério Público em relação ao tema? Por que o Brasil se mantém inerte à condenação da C.I.D.H., no caso da "Guerrilha do Araguaia"?

Essas são algumas das indagações a serem pesquisadas com o presente trabalho, cujo escopo principal é o de abordar o instituto da Justiça de Transição, traçando-se pormenorizadamente suas peculiaridades, como a sua definição, suas características, procedimentos e normas, judicialização, além da sua finalidade.

Existem certos valores que são inegociáveis e incontroversos, restando como intoleráveis. O desrespeito aos Direitos Humanos é um deles. O Brasil, em seu último período de regime militar (1964/1985), foi marcado pela era antidemocrática e de violação de direitos, obrigando-se que a busca pela verdade e pelo resgate da memória amenize esse tempo sombrio.

O tema desperta interesse após a redemocratização do Brasil, em que algumas questões jurídicas ficaram enterradas em um buraco negro em nossa história. A Lei de Anistia (nº 6.683/79), por si só, tem o condão de fazer com que possamos esquecer crimes contra a humanidade, a exemplo de tortura e desaparecimento forçado de pessoas?

É obvio que não. Qualquer acadêmico iniciante em Direito sabe que crimes contra a humanidade não comportam anistia. Isso só ocorre no país "das maravilhas" (pátria educadora – *sic*) e do fomento à

impunidade, denominado Brasil. Nossos vizinhos latino-americanos nos deram um banho de moral, memória, verdade e civismo, ao apurarem e punirem crimes análogos, como ocorreu no Chile, Uruguai, e principalmente na Argentina.

Entretanto, as respostas, infelizmente, têm sido sim, ou seja, nossa Lei de Anistia vale para tudo (e para todos). Sob essa tese (eficácia dessa Lei), ações judiciais tentando escavar esse buraco e desenterrar parte de nossa infeliz história (ditadura militar de 1964/1985), com o aval do STF, têm sido barradas em nossos tribunais.

Essa impunidade dada aos agentes de Estado que praticaram delitos de lesa-humanidade se assemelha à atual, em que corruptos assaltam o país, se locupletam de dinheiro público, e, quando muito, devolvem migalhas. O crime compensa? Para tais delitos, sim.

E que não se esqueça, a la Dom Quixote, o cavaleiro da triste figura, que, na poesia de Cervantes, queria consertar as injustiças no mundo, que também devemos continuar "escavando" para tentar encontrar os corpos dos desaparecidos políticos, ao estilo de Antígona, no conto de Sófocles, em uma teimosia indomável, ainda que seja utópica, já que a maioria dos cadáveres, segundo contam os próprios agentes de Estado que participaram da repressão armada, foram "ocultados/destruídos/incinerados", justamente para não servirem de prova de crimes contra a humanidade. Não se pode aceitar a tese do silêncio e da negação acerca do cometimento de crimes de lesa-humanidade no Brasil.

Graças à persistência dos familiares das vítimas de mortos, torturados e desaparecidos, às ONGs, à OAB, à ABI, além de combativos operadores do direito, em especial o MP, a ONU, a igreja, políticos,

estudantes, tem-se como certo que a luta pela descoberta da verdade e da memória continua e não será (nem pode ser) em vão.

Além disso, o tema não caiu no esquecimento, por força da ampla discussão no seio da sociedade civil. Como exemplo, foi realizado pela Escola Superior do MPU (ESMPU), no final de 2014, frutífero e proveitoso curso a distância sobre o tema[1], em que calorosos e proveitosos debates acerca deste polêmico assunto foram tratados.

Esse valioso material de estudo servirá como parte da fonte argumentativa que irá subsidiar esta pesquisa, nos termos adiante delineados.

Esta é a ideia. Trazer o tema à baila, para que se possa discutir e aprofundar as hipóteses de solução para essa face oculta encontrada em nosso ordenamento jurídico, em que direitos e garantias fundamentais simplesmente foram ignorados pelo Estado e seus agentes. Nunca é tarde para se lutar por verdade e justiça, tendo-se sempre como premissa a dignidade da pessoa humana.

2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS E DEFINIÇÃO DE JUSTIÇA DE TRANSIÇÃO

Que homens são esses? De que falavam? A que organismos pertenciam? 'K' vivia em um Estado de Direito, em todas as partes reinava a paz, todas as leis permaneciam em vigor.
Quem ousava então invadir sua casa?
(Franz Kafka - O processo)

[1] "Justiça de Transição: conceito, eixos e inspirações para atuação do Ministério Público", curso a distância realizado pela ESMPU, no período de 27.10.14 a 12.12.14.

Não obstante muitos comunguem com a ideia de que foram juízos de exceção, o fato é que são expoentes, nos dizeres de Elster (2006), constituindo os primeiros marcos da Justiça de Transição, os tribunais de Nuremberg e o de Tóquio, todos criados após a II guerra mundial. A tratativa dada por tribunais judiciais para processos e para o julgamento de líderes nazistas revolucionou o Direito no século XX.

Daí o porquê da denominada "Transição", isto é, passagem de um período marcado por graves violações aos direitos humanos, para a redemocratização e legalidade, tudo via judicial.

Verificou-se a existência de uma efetiva Justiça de Transição em períodos na América Latina nos anos de 1980 e 1990, nos países onde houve essa fase denominada "Transição", o que lamentavelmente até hoje ainda não abrangeu o Brasil. Ainda é tempo.

O trabalho desenvolvido e finalizado pela Comissão da Verdade, criada em 2012, foi apenas o início desse longo caminho que ainda se tem para resgatar a memória, a verdade, e atingir a responsabilizações dos violadores de Direitos Humanos.

Recentemente a Procuradoria de Roma, na Itália, está processando (denúncia oferecida em 2007) e pedindo a condenação de 4 (quatro) brasileiros por esses crimes de lesa-humanidade, todos cometidos no Brasil, no período da ditadura militar (1964/1985), especificamente pela prática de crimes como sequestro, tortura, desaparecimento e execução do cidadão ítalo-argentino Lorenzo Ismael Viñas Gigli, desaparecido em 26 de junho de 1980, na fronteira entre Brasil (Uruguaiana) e Argentina (*Paso de los Libres*), e que nunca mais foi visto, sendo mais uma vítima da Operação Condor. O Brasil, em

agosto de 2005, via comissão Especial de Mortos e desaparecidos políticos, reconheceu sua culpa sobre esse caso, asseverando que Lorenzo Viñas desapareceu em um contexto de sistemáticas violações de direitos humanos. Sua família foi indenizada em razão de seu desaparecimento forçado.

São 4 (quatro) os brasileiros que estão sendo processados na Itália. Todos atuavam, à época, em órgãos de repressão no Estado do Rio Grande do Sul, onde ocorreram os fatos (municípios de Uruguaiana e *Paso de los Libres* – Argentina): João Osvaldo Leivas Job (então Coronel do Exército e Secretário de Segurança Pública do RS), Carlos Alberto Ponzi (Coronel do Exército e chefe do SNI em Porto Alegre, à época do crime), Átila Rohrsetzer (naquele tempo Coronel do Exército e chefe do DOI-CODI no RS) e Marco Aurélio da Silva Reis (Delegado de Polícia – DOPS, em Porto Alegre, na ocasião do crime). Todos foram considerados no relatório da Comissão Nacional da Verdade como autores diretos de condutas que ocasionaram graves violações de direitos humanos.

Tem-se como certo que a Justiça de Transição tem o intuito de enfrentar injustiças, contribuir para a volta da legalidade, da efetivação do Estado Democrático de Direito, além de fortalecer a democracia, enfatiza Torelly (2014).

Nas palavras de Abrão e Torelly (2010), no Brasil, a institucionalização e o conceito de Justiça de Transição se deu pela ONU, sendo correto afirmar que ações no sentido de se efetivar essa justiça já eram realizadas pelo governo brasileiro, como ocorreu em 2004, através da criação da Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos, e pela criação da Comissão de Anistia do Ministério da Justiça, havendo a

conceituação formal de Justiça de Transição em políticas públicas em 2008, via Comissão de Anistia.

O governo federal, com o Ministério do Planejamento, criou em 2013 cargos e funções dedicados exclusivamente às políticas públicas de Justiça de Transição nessa Comissão de Anistia, que integra o Ministério da Justiça.

A Justiça de Transição tem como fim precípuo e modo de atuação a defesa da memória, da verdade, e a responsabilização dos agentes de Estado que cometeram crimes considerados de lesa-humanidade, conforme dispõe o artigo 7º, do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional.

Sua definição é dada, consoante aduz Bell (2009), como sendo tanto um conjunto de políticas públicas, quanto uma área de investigação científica, caracterizada pela imensa interdisciplinaridade, com uma abordagem voltada para a situação das vítimas. Conforme Beckford (2004), ela tem o escopo social pró direitos humanos, a fim de que "nunca mais" aconteçam atrocidades patrocinadas pelo Estado, através de seus agentes.

A Organização das Nações Unidas-ONU (2004) conceitua Justiça de Transição como um conjunto de processos e mecanismos, políticos e judiciais, efetivados pela sociedade, após, ou em conflito, para esclarecer e cuidar dos abusos produzidos em massa contra os direitos humanos, assegurando-se as responsabilizações dos infratores e reparação às vítimas ou familiares desta, bem assim, a não reiteração de fatos dessa natureza (novas violações).

3 PILARES (EIXOS) BÁSICOS

O homem é um ser maravilhoso da natureza. Torturá-lo, despedaçá-lo e exterminá-lo por suas ideias, não é só uma violação dos direitos humanos. É um crime contra a humanidade.
(Armando Valladares)

É correto dizer que o período em que houve mais violações aos direitos humanos no Brasil foi nos anos de 1968 a 1974, em que foi instalado "um regime escancaradamente ditatorial" (MOURA; ZILLI; GHIDALEVICH, 2010, p. 176).

A abertura para a democracia foi lenta e gradual, com procedimentos adotados no sentido de restabelecer o Estado Democrático de Direito, iniciada especialmente com o governo do presidente Geisel (1974-1979), que teve sequência com a posse do General Figueiredo (1979-1985), que endossou a Lei de Anistia. Marco importante em nossa história foi a campanha pelas eleições diretas para Presidente da República (diretas já), iniciada em 1983. Enfim, ares de democracia cercavam o Brasil, o que se efetivou com a eleição, ainda que indiretamente pelo Congresso Nacional, de Tancredo Neves à Presidência, em 1985. Começa, então, de maneira bem tímida, a Justiça de Transição no Brasil.

Tem-se como pilares de sustentação da Justiça de Transição, consoante Quinalha (2014, p. 6):

a) o esclarecimento histórico e as políticas de memória e verdade;

b) a normalização das funções da Justiça e do Estado de Direito, que nada mais é que a igualdade de todos perante a Lei;
c) a reparação de danos às vítimas ou aos seus familiares;
d) a reforma das instituições de segurança para aprimorar a democracia, trazendo em seu bojo a ideia de reconciliação, comumente associada ao conceito de Justiça de Transição;
e) a investigação dos fatos e a responsabilização jurídica dos agentes violadores dos Direitos Humanos.

Essas obrigações que o Brasil tem e deve arcar, conforme Méndez (2011, p. 200), "se fazem presentes quando o Estado viola qualquer direito previsto em instrumentos universais", ou seja, quando há violações sistemáticas e em massa aos direitos elementares das pessoas, como, no caso, à liberdade (de pensamento, opinião, etc.). Aduz Méndez que essas obrigações são separadas e distintas entre si.

Como foi frisado linhas atrás, o esclarecimento histórico e as políticas de memórias e verdade foram enriquecidos e alimentados pelo trabalho concluído pela Comissão Nacional da Verdade, constituída pela Lei nº 12.528/11, instalada em 2012, e finalizada em dezembro de 2014, para analisar, sem poder de punição, as violações de direitos humanos havidas no Brasil (de 1946 a 1988), tudo para efetivar o direito à "memória e à verdade histórica e promover a reconciliação nacional".

A Comissão Nacional da Verdade encerrou seus trabalhos em dezembro de 2014, produzindo um rico acervo de pesquisas. Seu trabalho foi relatado em 3 (três) livros, sendo o primeiro, aquele que descreve os fatos e as violações havidas no período do regime

militar (especialmente de 1964/1985). O segundo volume traz textos temáticos subscritos pelos Conselheiros da Comissão, e o terceiro livro é totalmente dedicado às vítimas, narrando-se as atrocidades sofridas por elas.

Cuida-se de aspecto com cunho de alta relevância para o Brasil. É preciso, necessário e imprescindível que todos nós possamos conhecer o que efetivamente ocorreu no período ditatorial, em relação às condutas tidas pelos agentes de Estado que violaram Direitos Humanos. Não se "apaga" da memória fatos de tanta repercussão no seio da sociedade, em especial para as famílias das vítimas, que merecem uma resposta do Estado, principalmente aquelas que até hoje não puderam (ou nunca poderão) sepultar seus entes queridos, vez que o Estado fez com que simplesmente "desaparecessem".

A normalização das funções da Justiça efetivou-se no Brasil, a partir da Constituição cidadã de outubro de 1988. Não paira dúvida de que temos um Poder Judiciário, independente, atuante, e que cumpre a sua missão constitucional de modo eficaz. Decisões, como a polêmica validação da Lei de Anistia pelo STF, devem ficar no campo das ideias a serem (re) discutidas, e recorridas, como é o caso. O importante é que os juízos de exceção não encontrem mais espaço para atuarem, até porque foram vedados expressamente pela CF/88, em seu artigo 5º, XXXVII.

Acerca da reparação de danos às vítimas, o Estado brasileiro reconheceu, através da Lei nº 9.140/95, a sua responsabilidade pelos desaparecimentos políticos, nominando as pessoas nessa situação, e reparando pecuniariamente os danos causados, culminando-se

com a edição e registro no livro "Direito à Memória e à Verdade", da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República (2007).

A reforma das instituições de segurança também não avançou muito ao longo dos tempos. Por certo, crimes políticos não são mais coibidos com violência, prisões, torturas e mortes. Vivemos, de fato e de direito, em uma democracia. Os partidos políticos de esquerda (ou de direita) estão todos legalizados e participando do jogo democrático. Entretanto, a violência policial para com a sociedade (entenda-se para os negros e pobres) continua em pleno vigor, havendo sistemática prática de torturas em delegacias de polícia contra esses menos favorecidos que cometem crimes comuns. Uma verdadeira reforma só pode se dar com a eliminação de uma palavra chave, conhecida como impunidade, que, aliada ao corporativismo, constituem o grande mal de qualquer categoria ou instituição.

A investigação e luta pela punição das violações havidas, ainda que de modo tímido, se compararmos o que fizeram o Chile e a Argentina, está sendo realizada pelo Ministério Público brasileiro, como se narra nas linhas a seguir (tópico 5, desta pesquisa), pormenorizadamente.

4 RESPONSABILIZAÇÃO (PUNIÇÃO) OU ESQUECIMENTO (IMPUNIDADE)?

A verdade alivia mais do que machuca. E estará sempre acima de qualquer falsidade, como o óleo sobre a água. A liberdade Sancho não é um pedaço de pão. Ela é um dos dons mais preciosos que o céu deu aos homens. Nada a iguala, nem os tesouros que a terra encerra no seu seio, nem os que o mar guarda nos seus abismos. Pela liberdade, tanto quanto pela honra, pode e deve

aventurar-se a nossa vida, e, pelo contrário, o cativeiro é o maior mal que pode acudir aos homens.
(Miguel de Cervantes)

A questão da responsabilização encontra sérios obstáculos. Inicialmente, teríamos de conhecer a verdade, até para identificar quem e quais foram os agentes de Estado que atuaram nessa época. Entretanto, essa busca da verdade resvala no difícil acesso aos documentos públicos e privados, aos arquivos, enfim, a todo material que documentou esse período do regime militar. Em suma, esse material informativo seria uma ferramenta para constituir instrumento a fim de se obter a verdade e de se resgatar a memória, para a responsabilização judicial dos envolvidos.

Peça de grande importância, constituindo fonte de consulta e acervo riquíssimo, foi a publicação do livro "Brasil: nunca mais", pensado por Dom Paulo Evaristo Arns e pelo reverendo Jaime Wright, obra que trouxe à baila os fatos ocorridos durante a nossa última ditadura militar, com as perseguições, os assassinatos, os desaparecimentos, etc., via depoimentos e documentos, que narram inúmeras violações de Direitos Humanos.

Com certeza, as Comissões de Mortos e Desaparecidos políticos e a da Anistia, todas criadas pelo governo federal, estão dando grande contribuição para a efetivação da citada Justiça. Entretanto, a abertura completa dos arquivos por parte da União se faz necessária, pois facilitará a identificação dos agentes de Estado que cometeram crimes de lesa-humanidade, e possibilitará, também, a identificação e, talvez, a localização das vítimas mortas e desaparecidas, pois constituem verdadeiros obstáculos a se perseguir a verdade e a se resgatar a

memória, enfim, passar uma borracha nesse período negro de nossa história, via esclarecimento dos fatos havidos.

Com artigo acerca desse tópico, Renan Honório Quinalha enfatiza que:

> A discussão em torno da punição (e da impunidade) dos crimes cometidos por agentes públicos durante a ditadura militar brasileira (1964-1985) não é uma novidade na agenda da sociedade civil organizada e das Forças Armadas em nosso país. Desde os primeiros momentos em que nosso autoritarismo já exausto desencadeou a política gradual de distensão e de abertura, e em que os movimentos sociais que lutavam pela democratização entraram em cena, o tema da responsabilidade criminal dos perpetradores de graves violações de direitos humanos esteve presente nos embates que marcaram a duradoura e controlada transição política brasileira. (QUINALHA, 2014, p. 4-6).

Destarte, emerge a pergunta: Por que punir? Prossegue Quinalha (2014), enfatizando que a responsabilização criminal dos agentes de estado que cometeram crimes de lesa-humanidade é obrigação do estado brasileiro, diante dos tratados e convenções ratificados pelo Brasil. Isso irá abranger e pacificar uma série de áreas como a política, com o esclarecimento e conhecimento sobre a verdade do que aconteceu, a cultural, afastando-se a sensação de impunidade. Isso tudo porque nossa sociedade tem a compreensão de que todos os crimes recebem uma sanção, então não é plausível que tão graves crimes tenham tratamento diferenciado, e fiquem sob o manto da impunidade, com supedâneo na famigerada Lei de Anistia, acatada como “legal” pelo STF.

Sobre esse assunto, Virgínia Soares e Sandra Akemi Kishi enunciam que:

> Toda impunidade e inércia de fatos tão graves é nociva e não deveria jamais ser admitida, e a que se relaciona aos crimes do período militar brasileiro é especialmente perigosa. Ela está no cerne da cultura de que às vezes a tortura se justifica, de que o torturador não é um criminoso tão reprovável [...] É preciso que a justiça brasileira coloque um fim a qualquer traço que seja identificado como complacente com as violações a direitos humanos, a começar pelas ocorridas durante a ditadura militar. Do contrário, a cadeia de impunidade não terá fim. (SOARES, V.; KISHI, S. A, 2009, p. 5).

Como preconiza Flávia Piovesan (2010), "a justiça de transição no Brasil foi incapaz de fomentar reformas institucionais profundas, a culminar, por exemplo, na criação de uma Corte Constitucional, como ocorreu em outros países [...]". Prossegue a voz da Professora Flávia, aduzindo que o Estado tem o dever de investigar, processar e punir, além de reparar as graves violações aos direitos humanos havidas no Brasil, a exemplo de crimes como tortura, desaparecimento forçado e execução sumária, que, como é sabido, não comportam anistia ou prescrição, por serem de lesa-humanidade. Cuida-se de uma ritualização da passagem entre o regime ditatorial e a redemocratização nacional.

Marlon Weichert (2008) nos lembra que, com o surgimento de vários grupos de oposição política ao regime militar instalado em 1964, houve persistente perseguição de parte da sociedade civil brasileira, existindo uma verdadeira política de Estado no sentido de atacar, prender, torturar e matar seus opositores, o que constitui, à luz do artigo 7º, do Estatuto de Roma, que criou o Tribunal Penal Internacional (ratificado pelo Brasil em 2002), crimes contra a humanidade, vez que foram praticados por agentes do Estado, contra grupos da sociedade

civil, sendo certo que esses crimes são imprescritíveis e não sujeitos ao benefício da anistia.

Afinal, a anistia vale para torturadores? É claro que não. Até porque eles não cometeram crimes políticos. Anistia é para isso, anistiar crimes dessa natureza. O que houve por parte dos agentes de Estado foi uma operação (Condor), literalmente, em forma sistemática e contumaz, direcionada à violação de direitos humanos como política de Estado, com o intuito de eliminar opositores políticos.

Como exemplo vivo de Justiça de Transição no Ministério Público Militar (MPM), narra-se a investigação em que o Promotor de Justiça Militar no 1º Ofício – Rio de Janeiro, Otávio Bravo, instaurou, em fevereiro de 2011, procedimento para ajudar a descobrir a verdade sobre casos de desaparecimentos forçados praticados e, se possível, encontrar corpos das pessoas desaparecidas durante a última ditadura militar, naquele Estado (RJ), e no Espírito Santo, ambos sob jurisdição da 1ª CJM. O caso expoente é o do deputado Rubens Paiva, sabidamente sequestrado e morto nessa jurisdição militar. Eis um exemplo concreto da prática da Justiça de Transição no Brasil.

Acerca de alternativas não penais para tratar do assunto, Flávia Piovesan e Virgínia Soares (2013, p. 3) enfatizam que "enquanto não for possível responsabilizar criminalmente os perpetradores no âmbito local, deve-se utilizar mecanismos jurídicos de tutela coletiva para a proteção da memória e da verdade".

Entretanto, asseveram as autoras, houve atraso do MP em se valer de meios extrajudiciais para buscar justiça revisional em relação à violência cometida pelo regime militar, no sentido de responsabilizar

seus autores, o que causou, em decorrência, prejuízo às construções doutrinárias e jurisprudenciais sobre esse direito que tem a sociedade, que não teve espaço e conhecimento dessas tutelas coletivas.

Cita-se como exemplo a Ação Civil Pública, a Ação Popular, o Termo de Ajustamento de Conduta (em relação à condenação do Brasil no caso da "Guerrilha do Araguaia"), a recomendação (pode ser feita pelo MP), tutelas essas que visam à defesa dos interesses metaindividuais, coletivos, difusos, enfim de toda a coletividade atingida.

Sobre a Ação Popular, vale registrar o ingresso em 2009, na Justiça Federal do Rio de Janeiro, questionando o valor dos pagamentos feitos a 45 (quarenta e cinco) vítimas camponesas, que perderam propriedades ou morreram, e que residiam na região da "Guerrilha do Araguaia". Essa ação foi julgada improcedente em 2011, havendo o efetivo reconhecimento e a confirmação da legalidade e validade do ato de reconhecimento da condição de anistiados políticos a esses camponeses.

Acerca da recomendação, a mais importante foi feita pelo Grupo de Trabalho Direito à Memória e à Verdade, do MPF, com a finalidade de se ter acesso às informações de interesse pessoal e coletivo, a documentos e arquivos, encaminhada em 2010 ao Diretor do Arquivo Nacional, no intuito de facilitar o acesso e de se dar transparência a esse acervo documental.

Peculiar situação jurídica se passou em nosso país, ou seja, como refere George Marmelstein Lima[2], surgiu um conflito internacional de decisões

[2] http://direitosfundamentais.net/2011/2/17/guerra-de-gigantes-stf-versus-cidh-lei-de-anistia.

havido entre a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) no caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") *versus* Brasil, e o STF, que teve de decidir a pedido da OAB, sobre a anulação parcial da Lei de Anistia de 1979, via Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 153/2008).

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, tratando desse assunto, deliberou que as disposições da Lei de Anistia brasileira que impossibilitam a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos não são compatíveis com os dizeres da Convenção Americana, pois carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis, e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de Direitos Humanos consagrados na Convenção Americana, ocorridos no Brasil. Assim decidiu a CIDH.

Nessa decisão, ela ainda determinou que o Brasil deverá conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos, a fim de esclarecê-los, determinar as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja.

De modo contrário, e ao arrepio de qualquer amparo normativo plausível (*sic*), o STF, em 29.4.2010, posicionou-se de modo totalmente adverso do que resolveu a CIDH, como se observa a seguir, em sua decisão sobre a Lei de Anistia:

> STF é contra revisão da Lei da Anistia por sete votos a dois. Só o homem perdoa, só uma sociedade superior qualificada pela consciência dos mais elevados

sentimentos de humanidade é capaz de perdoar. Porque só uma sociedade que, por ter grandeza, é maior do que os seus inimigos é capaz de sobreviver. A afirmação é do presidente do Supremo Tribunal Federal, ministro Cezar Peluso, último a votar no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 153) em que a Corte rejeitou o pedido da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) por uma revisão na Lei da Anistia (Lei nº 6683/79). A Ordem pretendia que a Suprema Corte anulasse o perdão dado aos representantes do Estado (policiais e militares) acusados de praticar atos de tortura durante o regime militar. O caso foi julgado improcedente por 7 votos a 2. O voto vencedor foi do ministro Eros Grau, relator do processo. Ontem, ele fez uma minuciosa reconstituição histórica e política das circunstâncias que levaram à edição da Lei da Anistia e ressaltou que não cabe ao Poder Judiciário rever o acordo político que, na transição do regime militar para a democracia, resultou na anistia de todos aqueles que cometeram crimes políticos e conexos a eles no Brasil entre 2 de setembro de 1961 e 15 de agosto de 1979. Além do ministro Eros Grau, posicionaram-se dessa maneira as ministras Cármen Lúcia Antunes Rocha e Ellen Gracie, e os ministros Gilmar Mendes, Marco Aurélio, Celso de Mello e Cezar Peluso. Defenderam uma revisão da lei, alegando que a anistia não teve "caráter amplo, geral e irrestrito", os ministros Ricardo Lewandowski e Ayres Britto. Para eles, certos crimes são, pela sua natureza, absolutamente incompatíveis com qualquer ideia de criminalidade política pura ou por conexão. O último voto proferido foi o do presidente da Corte, ministro Cezar Peluso. Ele iniciou dizendo que nenhum ministro tem dúvida sobre a "profunda aversão por todos os crimes praticados, desde homicídios, sequestros, tortura e outros abusos – não apenas pelos nossos regimes de exceção, mas pelos regimes de exceção de todos os lugares e de todos os tempos. Contudo, a ADPF não tratava da reprovação ética dessas práticas, de acordo com Peluso. A ação apenas propunha a avaliação do artigo 1º (parágrafos 1º e 2º) da Lei de Anistia e da sua compatibilidade com a Constituição de 1988. Ele avaliou que a anistia aos crimes políticos é, sim, estendida aos crimes "conexos", como diz a lei, e esses crimes são de qualquer ordem. Para o presidente

da Corte, a Lei de Anistia transcende o campo dos crimes políticos ou praticados por motivação política. Peluso destacou seis pontos que justificaram o seu voto pela improcedência da ação. O primeiro deles é que a interpretação da anistia é de sentido amplo e de generosidade, e não restrito. Em segundo lugar, ele avaliou que a norma em xeque não ofende o princípio da igualdade porque abrange crimes do regime contra os opositores tanto quanto os cometidos pelos opositores contra o regime. Em terceiro lugar, Peluso considerou que a ação não trata do chamado "direito à verdade histórica", porque há como se apurar responsabilidades históricas sem modificar a Lei de Anistia. Ele também, em quarto lugar, frisou que a lei de anistia é fruto de um acordo de quem tinha legitimidade social e política para, naquele momento histórico, celebrá-lo. Em quinto lugar, ele disse que não se trata de caso de autoanistia, como acusava a OAB, porque a lei é fruto de um acordo feito no âmbito do Legislativo. Finalmente, Peluso classificou a demanda da OAB de imprópria e estéril porque, caso a ADPF fosse julgada procedente, ainda assim não haveria repercussão de ordem prática, já que todas as ações criminais e cíveis estariam prescritas 31 anos depois de sancionada a lei. Peluso rechaçou a ideia de que a Lei de Anistia tenha obscuridades, como sugere a OAB na ADPF. "O que no fundo motiva essa ação [da OAB] é exatamente a percepção da clareza da lei." Ele explicou que a prova disso é que a OAB pede exatamente a declaração do Supremo em sentido contrário ao texto da lei, para anular a anistia aos agentes do Estado. Sobre a OAB, aliás, ele classificou como anacrônica a sua proposição e disse não entender por que a Ordem, 30 anos depois de exercer papel decisivo na aprovação da Lei de Anistia, revê seu próprio juízo e refaz seu pensamento "numa consciência tardia de que essa norma não corresponde à ordem constitucional vigente". Ao finalizar, Peluso comentou que "se é verdade que cada povo resolve os seus problemas históricos de acordo com a sua cultura, com os seus sentimentos, com a sua índole e também com a sua história, o Brasil fez uma opção pelo caminho da concórdia". O presidente do Supremo declarou, ainda, que "uma sociedade que queira lutar contra os seus inimigos com as mesmas armas, com os

> mesmos instrumentos, com os mesmos sentimentos está condenada a um fracasso histórico.[3]

Seguem alguns comentários sobre a polêmica decisão do STF, em considerar a Lei de Anistia válida para torturados e torturadores:

> Ao manter o texto da Lei da Anistia inalterado, o Supremo Tribunal Federal (STF) colocou no mesmo patamar torturadores e torturados, o que significa um claro exemplo de retrocesso por parte do Judiciário, e não um avanço como o ministros que votaram a favor defendem. O julgamento comprova o quanto o Brasil está arraigado aos interesses dos calhordas que só contribuem para o retrocesso do país. Eros Grau, ministro que já sofreu com a tortura durante o Regime Militar e foi o relator do caso, achou melhor enterrar o assunto por acreditar que a Lei da Anistia de 1979 foi imprescindível para a transição democrática do país.[4]

> O Supremo Tribunal Federal (STF) julgou improcedente, nesta quinta-feira, ação apresentada pela Ordem dos Advogados do Brasil que contestava a Lei da Anistia. Com isso, o texto da lei 6.683/1979 permanece inalterado, mantido o perdão a todos os crimes do período da ditadura militar. A entidade defendia uma interpretação mais clara do artigo 1º da lei no que se refere ao perdão a crimes conexos "de qualquer natureza" quando relacionados aos crimes políticos. Com isso, pretendia abrir caminho para a punição aos agentes do Estado acusados de cometer crime de tortura durante o regime de exceção. No entendimento de sete dos nove ministros que votaram, contudo, não há como rever o texto. O julgamento teve início ontem, com o voto do relator, ministro Eros Grau, também pela improcedência da ação apresentada pela OAB. O relator argumentou que não cabe à Corte fazer alterações na Lei de Anistia, apenas interpretá-la. "Ao Supremo Tribunal Federal não incumbe legislar", disse. Hoje, o novo presidente da Corte, ministro Cezar

[3] Notícias STF, 29 de abril de 2010<site.www.stf.gov.br>

[4] http://atemporalizando.blogspot.com/2010/04/decisao-do-stf-sobre-lei-da-anistia-e.html , 30.4.2010

> Peluso, votou pela improcedência da ação. Ele afirmou que o Brasil optou "pela concórdia" e acrescentou: se eu pudesse concordar com a afirmação de que certos homens são monstros, diria que os monstros não perdoam. Só o homem perdoa.[5]

Já alguns Ministros do STF se defendem e justificam a manutenção de seus votos contra a reforma da Lei de Anistia, dizendo o seguinte:

> Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) saíram em defesa da decisão da Corte sobre a Lei de Anistia um dia depois de divulgada a condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). Enquanto o STF julgou que houve anistia para todos os que cometeram crimes políticos e conexos durante a ditadura militar, a Corte Interamericana sentenciou o Brasil a investigar e punir os responsáveis por crimes contra a humanidade, independentemente da Lei de Anistia. O presidente do STF, Cezar Peluso, afirmou que a decisão do tribunal não muda em nada, mesmo após a sentença da Corte Interamericana. "Ela não revoga, não anula, não caça a decisão do Supremo", disse. A decisão, acrescentou, provoca efeitos no campo da Convenção Americana de Direitos Humanos. O ministro Marco Aurélio enfatizou que o governo brasileiro está submetido ao julgamento do Supremo e não poderia, em qualquer hipótese, afrontar a decisão do STF para cumprir a sentença da Corte Interamericana. "É uma decisão que pode surtir efeito ao leigo no campo moral, mas não implica cassação da decisão do STF", disse. "Evidentemente que o governo brasileiro está submetido às instituições pátrias e às decisões do Supremo. E quando não prevalecer a decisão do Supremo, estaremos muito mal." Voto vencido no julgamento da Lei de Anistia, o ministro Carlos Ayres Britto concordou que prevalece a decisão do STF sobre a sentença da Corte Interamericana. Mas admitiu que o Brasil fica em posição delicada no âmbito internacional. "Isso é uma saia justa, um constrangimento para o País criado pelo poder que é o menos sujeito a esse

[5] http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/STF+nega+rever+Lei+da+Anistia+e+punir+torturadores+da+ditadura.htm.

> tipo de vulnerabilidade (o Judiciário)", disse: Se o Supremo decidiu que a Lei de Anistia beneficiou os agentes de Estado que cometeram, por exemplo, crimes de tortura durante a ditadura militar, a Corte Interamericana condenou o Brasil a investigar e punir criminalmente esses mesmos agentes "As disposições da lei são incompatíveis com a Convenção Americana (de Direitos Humanos), carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis", decidiu o tribunal.[6]

E qual é a palavra oficial do Governo Brasileiro? Lamentavelmente consta das linhas a seguir transcritas a infeliz decisão:

> União reafirma decisão do STF sobre validade da Lei da Anistia. Pela primeira vez no mandato da presidente Dilma Rousseff, o governo afirmou que a Lei da Anistia não permite a punição de envolvidos em crimes de tortura e violação de direitos humanos. Em parecer, a Advocacia-Geral da União reforçou o entendimento já manifestado pelo Supremo Tribunal Federal (STF) de que a anistia vale para todos os crimes cometidos durante a ditadura. "Sem punição. Adams no STF: Advogado-Geral da União diz que o Brasil não estaria obrigado a cumprir a decisão da Corte Interamericana" Com isso, o governo reitera que o Estado brasileiro não precisa cumprir a sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) – braço da Organização dos Estados Americanos (OEA) –, que condenou o Brasil em 2010 por não punir os agentes de Estado responsáveis pelo desaparecimento de 62 pessoas envolvidas na Guerrilha do Araguaia, entre 1972 e 1974, e por não rever o alcance da Lei de Anistia. Pela sentença da OEA, o Estado brasileiro teria de investigar todos os 'crimes contra a humanidade' praticados no País e teria de pagar indenização de US$ 3 mil para cada família dessas 62 pessoas, a título de ressarcimento por danos materiais, e US$ 45 mil por danos morais. A manifestação do governo no STF levou a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), autora do processo contra

[6] Reportagem de Felipe Recondo - Agência Estado, em 15 de dezembro de 2010.

a anistia para militares responsáveis por crimes durante a ditadura, a acusar a presidente Dilma Rousseff de enganar seus eleitores. 'É uma guinada à direita que um governo ideologicamente de esquerda está dando. É uma traição a quem votou num candidato com um passado mais a esquerda', afirmou o presidente da OAB, Ophir Cavalcante. 'Essa é uma síndrome dos governantes. Já houve quem dissesse, em nome da governabilidade, para que os brasileiros esquecessem o que ele havia escrito', afirmou em referência ao ex-presidente Fernando Henrique Cardoso. Justificativa. Na manifestação encaminhada ao STF no último dia 8, o Advogado-Geral da União, Luís Inácio Adams, disse que o Brasil não estaria obrigado a cumprir a decisão da Corte Interamericana. Para isso, argumentou que a Convenção Interamericana, que foi a base legal para a condenação ao Brasil, foi referendada 13 anos depois do início da vigência da Lei de Anistia. Acrescentou que está amparada na Constituição a decisão do STF de manter a anistia a todos os crimes cometidos por agentes de Estado e por militantes de esquerda durante a ditadura. 'Os votos lançados no acórdão embargado expõem fundamentos jurídicos extraídos da Constituição Federal e explicitam, ainda, que o Brasil não estaria obrigado a adotar convenções internacionais por ele não ratificadas ou convenções que tenha vindo a ratificar em data posterior à anistia concedida pela lei 6.683/1979', afirmou Adams. A argumentação do governo e o cumprimento da sentença da Corte Interamericana serão analisados pelo Supremo no julgamento de um recurso protocolado pela OAB contra a decisão sobre a Lei de Anistia. No recurso – um embargo de declaração – a OAB defende que o Brasil cumpra a sentença da CIDH, mesmo que o STF tenha mantido a interpretação benéfica aos militares da Lei de Anistia. O ministro Luiz Fux é o relator do processo no Supremo. Ele herdou essa incumbência com a aposentadoria no ano passado do ministro Eros Grau. Fux não quis antecipar sua opinião sobre o assunto, mas prometeu agilizar a análise do caso. Direitos Humanos. A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência afirmou, em nota, que o governo está empenhado em cumprir a sua parte em relação à sentença da Corte Interamericana. A pasta ressalta, porém, que alguns dispositivos da decisão dizem

> respeito aos poderes Legislativo e Judiciário, como a questão da Lei de Anistia. 'Não podemos esquecer que há outros dispositivos na decisão que merecem uma atenção também do Poder Legislativo e do Poder Judiciário'. Na visão da secretaria, o parecer da AGU diz respeito apenas à 'impossibilidade de modificar a decisão do STF' relativa a punição de torturadores. A pasta afirma que o 'Estado brasileiro está empenhado' em cumprir a sentença da Corte Interamericana e diz que o poder Executivo fará sua parte. A Defesa não fez comentários sobre o parecer, mas enfatizou que cumpre decisões do STF.[7]

Não se duvida, essa decisão de avalizar a prática de crimes de lesa-humanidade, tomada pela suprema corte brasileira, "denegou às vítimas o direito à Justiça" (PIOVESAN, 2011, p. 82).

Ah, sim, mas e o outro lado? Os "terroristas subversivos", não serão punidos também? Já foram. Ou estão mortos, ou desparecidos, ou foram presos, torturados, processados, julgados e condenados(a exemplo da atual mandatária máxima do país). Crimes como assaltos a bancos, sequestro de embaixadores (EUA, Alemanha, Japão e Suíça) e até, lamentavelmente, assassinatos, já estão prescritos, além de, queiram ou não, não preencherem os requisitos mínimos para se dizer que tenham sido crimes contra a humanidade, à luz do artigo 7º, do Estatuto de Roma.

Tais grupos surgiram em razão da discordância política com a situação criada pela falta de democracia, chegando a pegar em armas, para combater o regime militar. Grupos armados se formaram como o MR-8 (Movimento Revolucionário 8 de outubro – data dada em homenagem à morte de Che Guevara), ALN (Aliança Libertadora Nacional) e VPR (Vanguarda Popular Revolucionária), cujos militantes, como

[7] Jornal o Estado de São Paulo. Publicado em: 17/6/2011.

os Carlos (Lamarca e Marighela) foram assassinados pelo regime ditatorial, sendo certo que os demais membros dessas organizações foram dizimados. Não se entra no mérito de suas ideologias, em nossa ótica, imperfeitas marxistas, em sua maioria, mas que não poderiam ensejar o rechaço, mediante prática de torturas, desaparecimento forçado e execuções.

Com certeza, não se pode fazer uma equiparação entre os crimes havidos, pois salta aos olhos que os crimes praticados de modo massivo e sistemático, como política de Estado, são crimes contra os Direitos Humanos, à luz do Estatuto de Roma, o que por si só, os distingue dos delitos cometidos por cidadãos comuns ("terroristas subversivos").

Quem quiser discordar fique à vontade, afinal, os tempos são outros. Hoje se pode ter opinião diferente e expressá-la. Salve a democracia. Estado Democrático de Direito: presente.

Sobre a prisão (punição) não se pode esquecer os dizeres de Luiz Flávio Gomes[8], ao enfatizar que ela nunca foi feita "para os donos do poder, mas sim pelos donos do poder", no caso, o Estado e seus agentes.

No mesmo sentido, Eduardo Galeano enfatiza que a prisão é o plano de habitação do governo para os pobres. Mas a utopia e a sede de Justiça permanecem vivas, e faltarão tapetes para que se possa esconder embaixo deles todo esse lixo (violações de Direitos Humanos) de nossa memória.

---

[8] Artigo publicado no site "Jus Brasil", em 30 de abril de 2015.

5 COMO TEM SIDO A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO

Quem sofre assim? Perguntou (Dante a Virgilio), com pouca voz. São as almas dos indecisos, dos indiferentes, aqueles que não tomaram partido nem rumo ao bem nem rumo ao mal. Nós somos responsáveis, não só por aquilo que fazemos, mas também por aquilo que, por omissão, permitimos que os outros façam.
(Dante, Divina Comédia)

Acerca das perspectivas e expectativas relacionadas ao tema, têm-se, felizmente, via atuação eficaz e combativa do Ministério Público, no caso o MPM, e principalmente o MPF, eficazes ações judiciais, em nível cível e criminal, até extrajudiciais, no intuito de se minimizar essa lacuna jurídica que o nosso país possui. Existem atualmente três grupos de trabalho no Ministério Público Federal, cuidando desse tema, a saber:

a) um na Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão - PFDC, criado em 2010, para tratar da verdade e da memória;
b) o outro na 2ª Câmara de Coordenação e Revisão (criminal) do MPF, criado em 2011;
c) por fim, um grupo específico do MPF, que cuida da Justiça de Transição.

No âmbito criminal, foram interpostas 9 (nove) ações penais. Na esfera cível, o MPF já ingressou com ações na Justiça Federal de Brasília (DF), isto a pedido de familiares de desaparecidos, desde o século passado (1982).

Em 2007, Fábio Konder Comparato representou ao MPF paulista, para que este entrasse com ação regressiva contra os agentes de Estado

que cometeram crimes de lesa-humanidade, em face de o Brasil ter arcado com despesas de indenizações, à luz da lei nº 9.140/95. A Procuradoria da República em São Paulo propôs a Ação Civil Pública nº 2008.61.00.011414-5, contra Carlos Alberto Brilhante Ustra (chefe do DOI-CODI, em São Paulo, na época da repressão) e Audir dos Santos Maciel (também integrante desse órgão, principal centro de torturas e mortes em São Paulo).

A morte do operário Manoel Fiel Filho também teve guarida judicial, via Ação Civil Pública nº 2009.61.00.005503-0, em que foram identificados os agentes policiais que o torturaram e o mataram.

Também foram interpostas Ações Civis Públicas pelo MPF em São Paulo, capital, com pleitos visando à preservação de documentos desse período de regime militar; acesso a arquivos; direito à informação; tombamento de prédios públicos, onde foram centros de tortura (DOI-CODI), no Rio de Janeiro e em São Paulo; criação de memoriais; etc.

Em 1999, o MPF de São Paulo instaurou o Inquérito Civil Público nº 6/99, visando identificar as ossadas de militantes políticos enterrados como indigentes, em valas clandestinas no cemitério de Perus, na capital paulista. Logrou-se êxito na identificação de alguns desaparecidos, isso em 2005, como Flávio de Carvalho Molina, Luiz José da Cunha e do espanhol Miguel Sabat Nuet, todos, consoante investigações, mortos nas dependências de repartições policiais de tortura do Estado brasileiro.

Como referido anteriormente, o Ministério Público Militar instaurou Procedimento de Investigação Criminal (PIC), no sentido de investigar

a ação de agentes estatais no âmbito dos Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo (1ª Circunscrição Judiciária Militar Federal).

Em razão da sua importância e relevância histórica, segue a réplica da referida Portaria de criação do citado procedimento, na íntegra:

> MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO
> MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR
> Portaria de Instauração de Procedimento Investigatório Criminal nº 001, de 10 de fevereiro de 2011.
> O Promotor de Justiça Militar em exercício no 1º Ofício da Procuradoria de Justiça Militar no Rio de Janeiro, Otávio Bravo, no uso de suas atribuições legais, Considerando que a República Federativa do Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos em 25 de setembro de 1992 e reconheceu a jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos em 10 de dezembro de 1998; Considerando que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, em sentença proferida em 24 de novembro de 2010, no *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*, proclamou, repetindo o que já dissera em oportunidades anteriores (*Caso Goiburú e outros versus Paraguai*, §§ 83 e 84; *Caso Chitay Nech e outros versus Guatemala*, §§ 85 e 86; *Caso Velásquez Rodríguez versus Honduras*, § 158; e *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña versus Bolívia*, §§ 60 e 61), que a prática do desaparecimento forçado de pessoas "configura uma grave violação de direitos humanos, dada a particular relevância das transgressões que implica e a natureza dos direitos lesionados", destacando ainda que tal prática "implica um crasso abandono dos princípios essenciais em que se fundamenta o Sistema Interamericano de Direitos Humanos", tendo "sua proibição alcançado o caráter de *jus cogens*" (*Caso Guerrilha do Araguaia*, § 105); Considerando que a Corte Interamericana de Direitos Humanos estabeleceu ainda, na mesma oportunidade: "sempre que haja motivos razoáveis para suspeitar que uma pessoa foi submetida a desaparecimento forçado deve iniciar-se uma investigação", destacando que "essa obrigação independe da apresentação de uma denúncia, pois, em casos de desaparecimento forçado, o Direito

Internacional e o dever geral de garantia impõem a obrigação de investigar o caso *ex officio*, sem dilação, e de maneira séria, imparcial e efetiva" e que tal obrigação constitui "um elemento fundamental e condicionante para a proteção dos direitos afetados por essas situações" (*Caso Guerrilha do Araguaia,* § 108); Considerando que a República Federativa do Brasil ratificou a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados em 30 de novembro de 2010; Considerando que a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados estabelece, em seu artigo 2º, que considera-se *desaparecimento forçado* "a prisão, a detenção, o sequestro ou qualquer outra forma de privação de liberdade que seja perpetrada por agentes do Estado ou por pessoas ou grupos de pessoas agindo com a autorização, apoio ou aquiescência do Estado, e a subsequente recusa em admitir a privação de liberdade ou a ocultação do destino ou do paradeiro da pessoa desaparecida, privando-a assim da proteção da lei"; Considerando que a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra Desaparecimentos Forçados estabelece ainda, em seu artigo 3º, que "cada Estado Parte adotará as medidas apropriadas para investigar os atos definidos no artigo 2º, cometidos por pessoas ou grupos de pessoas que atuem sem a autorização, o apoio ou a aquiescência do Estado, e levar os responsáveis à justiça"; Considerando que é dever de todas as autoridades públicas brasileiras, executivas, legislativas ou judiciárias, promover medidas, dentro de suas áreas de competência ou atribuição, em defesa das obrigações internacionais assumidas pela República Federativa do Brasil; Considerando que o Supremo Tribunal Federal reconheceu, em sessão de julgamento realizada em 6 de agosto de 2009, que os casos de desaparecimento forçado de pessoas se adequam ao tipo penal de sequestro, presente na legislação criminal brasileira, reconhecendo a natureza permanente de tal delito (Extradição 974-0 – República Argentina, Pleno, voto do Min. Ricardo Lewandowski, pág. 21 do Acórdão respectivo); Considerando que, na mesma oportunidade, o Supremo Tribunal Federal proclamou que, em casos de desaparecimento forçado de pessoas, a falta de exame de corpo de delito comprobatório da

morte da vítima não pode ser suprida pela presunção legal de morte presente em dispositivos da legislação civil (voto do Min. Cezar Peluso, páginas 32 a 38 do Acórdão respectivo); Considerando que os casos de desaparecimento forçado de pessoas, ocorridos no curso do regime de exceção em vigor no Brasil entre 1964 e 1985, devem, portanto, ser considerados como sequestros em curso, ao menos até que reste comprovado o término da privação de liberdade a que foram submetidas as vítimas, seja com a localização de seus restos mortais, seja com evidências verossímeis de que foram mortas ou libertadas; Considerando que a natureza permanente do crime de sequestro é reconhecida pela totalidade da jurisprudência de nossos tribunais e pela unanimidade da doutrina nacional (v., dentre outros, Nélson Hungria, Comentários ao Código Penal, vol. 6, 1958, 4ª ed., Rio de Janeiro, ed. Forense, p. 192; E. Magalhães Noronha, Direito Penal, vol. 2, 1988, 23ª ed., São Paulo, ed. Saraiva, p. 161; Cezar Roberto Bitencourt, Tratado de Direito Penal, vol. 2, 2010, 10ª ed., São Paulo, ed. Saraiva, p. 418; Rogério Greco, Curso de Direito Penal, vol. 2, 2009, 6ª ed., Niterói, ed. Impetus, p. 524; José Henrique Pierangeli, Manual de Direito Penal brasileiro, Parte Especial, 2005, 1ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, p. 253; Luiz Régis Prado, Curso de Direito Penal brasileiro, vol. 2, 2008, 7ª ed., São Paulo, ed. Revista dos Tribunais, p. 269); Considerando que a inexistência de prova de cessação de liberdade das vítimas de sequestros praticados durante o regime de exceção em vigor no Brasil entre 1964 e 1985 impõe a suposição de que tais seqüestros permanecem em curso e, por consequência, não foram atingidos pelos efeitos da Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 (Lei de Anistia); Considerando que os "efeitos legais" a que se refere o artigo 1º da Lei nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, não compreendem, por óbvio, matéria criminal, tendo em vista ser inadmissível a determinação artificial, através da edição de norma da legislação ordinária, de término de cessação de delito permanente supostamente ainda em curso; Considerando que o sequestro se encontra tipificado na legislação penal militar (artigo 225 do Código Penal Militar); Considerando que o prazo prescricional aplicável aos crimes de natureza permanente só começa a correr no

dia de cessação da permanência (artigo 125, § 2º, alínea c do Código Penal Militar) e que, por consequência, não se pode declarar extinta a punibilidade em relação aos casos de desaparecimento forçado de pessoas ocorridos no curso do regime de exceção em vigor no Brasil entre 1964 e 1985, ao menos até que reste comprovado o término da privação de liberdade a que foram submetidas as vítimas e que o término da privação de liberdade tenha se dado em momento que evidencie que o prazo prescricional já se esgotou; Considerando que há relatos de diversos casos de desaparecimento forçado de pessoas ocorridos no curso do regime de exceção em vigor no Brasil entre 1964 e 1985, cuja execução se deu, total ou parcialmente, em unidades militares localizadas na área da 1ª Circunscrição Judiciária Militar; Considerando que vários dos casos referidos acima não restaram esclarecidos, não tendo sequer sido investigados de forma apropriada, não havendo qualquer evidência, até o momento, do término da privação de liberdade das vítimas; Considerando que a Procuradoria de Justiça Militar do Rio de Janeiro tem atribuição para atuação na área da 1ª Circunscrição Judiciária Militar; Considerando que a investigação dos casos de desaparecimento forçado de pessoas ocorridos no curso do regime de exceção em vigor no Brasil entre 1964 e 1985, ainda que produza evidências de que as vítimas foram mortas, poderá gerar provas da prática de crime de destruição, subtração ou ocultação de cadáver (artigo 211 do Código Penal comum), que também tem natureza permanente, o que imporá a remessa de peças ao Ministério Público Federal para apuração devida; Considerando que é dever institucional de todos os integrantes do Ministério Público Militar promover a investigação de condutas criminosas que ainda possam estar em curso ou, mesmo encerradas, sobre as quais ainda não haja provas definitivas do decurso do prazo prescricional respectivo e da correspondente extinção da punibilidade;

Considerando, por fim, a imperativa necessidade de esclarecimento dos casos de desaparecimento forçado de pessoas ocorridos no curso do regime de exceção em vigor no Brasil entre 1964 e 1985, com vistas a assegurar aos familiares das vítimas o conhecimento

> do paradeiro de tais pessoas; RESOLVE, Instaurar Procedimento Investigatório Criminal para apuração de casos de desaparecimento forçado de pessoas ocorridos no curso do regime de exceção em vigor no Brasil entre 1964 e 1985, cuja execução tenha se dado, total ou parcialmente, no interior de unidades militares localizadas na área da 1ª Circunscrição Judiciária Militar, e/ou tenham tido o concurso, na forma de autores ou partícipes, de agentes militares em serviço ou atuando em razão da função. Em consequência, designa para Secretária: Andrea Cristina Machado Murat – Técnico Administrativo – Matrícula nº 709-9, a quem determina seguintes providências:
> 1. Autue e registre este Procedimento neste 1º Ofício;
> 2. Comunique a instauração deste procedimento investigatório, nos termos do artigo 5º da Resolução nº 51/CSMPM, de 29/11/2006, à Exmª Procuradora-Geral da Justiça Militar;
> 3. Após o cumprimentos dessa diligências, faça os autos conclusos ao signatário.
> Rio de Janeiro, 10 de fevereiro de 2011
> Otávio Bravo
> Promotor de Justiça
> Ministério Público Militar (grifo nosso)

6 A SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO GOMES LUND *VERSUS* ESTADO BRASILEIRO

Não há fatos eternos, como não há verdades absolutas.
(Friedrich Nietzche)

Outra modalidade de Justiça de Transição se deu com a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos, no caso em epígrafe, onde foi determinado, entre outras obrigações, que o Brasil efetive Justiça em relação ao ocorrido. Essa sentença se constitui na decisão ("*Fallo*") mais importante na América Latina, pois condenou um gigante como o Brasil a reparar seus erros. Cometeram-se crimes

contra a humanidade no chamado caso da "Guerrilha do Araguaia", sendo certo que sequer guerrilha houve, pois os seus integrantes foram todos dizimados antes de implantarem a luta armada no Brasil, contra o regime militar. Em breve síntese, na versão deste subscritor (PINTO, 2012, p. 1-11), seguem transcritas premissas básicas sobre o tema, como se observa adiante.

De início, vale compreender o que foi a Guerrilha do Araguaia. Por volta de 1966, cerca de 70 (setenta) militantes do Partido Comunista do Brasil (PC do B), cuja média de idade era de 30 (trinta) anos, dirigiram-se para a região localizada ao Sul do Estado do Pará, conhecida como região do Rio Araguaia.

Eles tinham como objetivos organizar um local (base inicial de trabalho) onde não houvesse assistência do poder público, como ausência de escolas, hospitais, etc., a fim de conscientizar a população daquele lugar (os camponeses), a fim de lhes transmitir doutrinas de conscientização política, em regra, a implantação do socialismo no Brasil, através da luta armada. Embasavam-se nas Revoluções Chinesa e Cubana. Seu paradigma era a Guerra do Vietnã.

Membros do PC do B, esses militantes já eram perseguidos políticos, pois como se sabe, durante a ditadura no Brasil, de 1964 a 1985, estavam todos na clandestinidade. Após sua chegada à região do Araguaia, houve um total de mais ou menos 90 (noventa) pessoas, entre militantes e camponeses, que aderiram ao movimento.

Bem anteriormente ao início da deflagração prática da "Guerrilha" (luta armada), ou seja, durante sua preparação (anos de 1970 e 1973), com plena vigência da ditadura militar, existiram cerca de 6 (seis)

operações militares realizadas pelo Exército, Marinha e Aeronáutica do Brasil, para reprimir esse movimento através de "operações" no local.

O fato líquido e certo é que todos os integrantes (militantes e camponeses) da chamada "Guerrilha do Araguaia", que, repita-se, sequer foi posta em prática, até o final do ano de 1973, foram mortos (dizimados) pelos órgãos de repressão do governo militar no Brasil à época. Os que foram presos no início da operação militar tiveram a sorte de serem poupados e saíram com vida, como foi o caso do condenado no Mensalão, Ex-Presidente do PT, José Genuíno.

Também é correto afirmar que essas operações militares foram realizadas na clandestinidade, ou seja, a sociedade, a imprensa, ninguém sabia ou teve conhecimento, na época, da existência da citada "Guerrilha". Havia uma ordem expressa do então Presidente da República, General Médici, para que "*ninguém saísse vivo de lá*". Sabe-se que a metade dos "guerrilheiros" foi executada quando estavam sob a tutela (guarda) do poder público, no caso, quando estavam sob custódia dos militares.

Através e com amparo da Lei de Anistia em vigor no Brasil em 1979, os familiares desses mortos/desaparecidos, aguardaram por seus retornos. Como isso não ocorreu (por óbvio, pois estavam todos mortos), a partir de 1980, eles começaram a procurar por seus entes queridos e descobriram que a grande maioria deles havia desaparecido (sido morta) naquela região do Araguaia. Seus corpos jamais foram localizados.

Até o presente momento, de tudo que foi investigado, somente dois corpos foram localizados e identificados, como sendo os de Maria Lúcia Petit, morta em junho de 1972, numa emboscada (seus restos mortais foram identificados em 1996), e de Bergson Gurjão. São esses os dois únicos guerrilheiros mortos e identificados posteriormente, que tiveram um enterro digno dado por seus familiares.

Como já mencionado, no ano de 1982, os familiares dos desparecidos na região do Araguaia ingressaram com uma Ação Civil contra o Estado Brasileiro (União), na Justiça Federal (DF), para saber sobre o paradeiro de seus entes, e que fosse ainda quebrado o sigilo sobre esses fatos, sem que tenham obtido êxito quanto a esse pedido. Em suma, os requerimentos internos jamais tiveram a atenção que mereciam por parte do Estado Brasileiro.

Registre-se que esse caso conhecido como a "Guerrilha do Araguaia" foi, até o ano de 2008, o único interposto contra a ditadura militar no Brasil, com vítimas individualizadas, que chegou a um Tribunal Internacional. Mas por que, se tivemos no Brasil, não só esse caso, mas muitos relatados, em que houve tortura durante a ditadura (1964/1985)? Por causa do esgotamento das vias existentes através dos recursos internos no Brasil.

Assim, como regra de exceção, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos admitiu a sua análise e apreciação, considerando que não houve resposta do Estado Brasileiro, quanto ao pedido dos familiares dos desaparecidos na "Guerrilha do Araguaia" (de 1982 até 1996), sendo certo que houve a demora no trâmite desse processo.

Em 7 de agosto de 1995, o CEJIL (Centro pela Justiça e o Direito Internacional) foi procurado pelos familiares dos desparecidos no Araguaia. Houve uma denúncia do caso à Comissão Interamericana de Direitos Humanos. O Estado Brasileiro sempre contestou, rechaçando sua responsabilidade e requerendo seu arquivamento, com base na Lei de Anistia de 1979 (nº 6.683/79).

Depois da admissão do caso, em 6 de março de 2001, e apresentação do relatório, em 31 de outubro de 2008, ante a negativa do Estado Brasileiro em prestar as informações que lhe foram solicitadas, a Comissão submeteu-o à jurisdição da Corte, para fins de esclarecerem-se os conflitos existentes entre as Leis de Anistia e o desparecimento forçado de pessoas, bem assim, as violações aos Direitos Humanos, que o caso 'Guerrilha do Araguaia" descrevia.

Essa Comissão ainda solicitou à Corte que verificasse o seguinte: que declarasse que o Estado Brasileiro é responsável pela violação dos direitos estabelecidos nos artigos 3 (direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 7 (direito à liberdade pessoal), 8 (garantias judiciais), 13 (liberdade de pensamento e expressão) e 25 (proteção judicial); e da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com as obrigações previstas nos artigos 1.1 (obrigação geral de respeito e garantia dos direitos humanos) e 2 (dever de adotar disposições de direito interno) da mesma Convenção. Além disso, solicitou à Corte que ordenasse ao Estado Brasileiro a adoção de determinadas medidas de reparação.

Lamentavelmente, durante todo o transcorrer do processo, o Estado Brasileiro requereu o arquivamento do feito, alegando: a

incompetência da Corte para analisar o caso; a falta de esgotamento dos recursos internos; e a falta de interesse processual da Comissão e de seus representantes. Todos esses "argumentos" foram indeferidos/rejeitados pela Corte.

Ocorreu um pequeno detalhe jurídico, que foi o fato de o governo brasileiro "esquecer" que ações envolvendo o desaparecimento forçado de pessoas constituem-se em espécie de sequestro, e, como tal, sua consumação se propala pelo tempo, já que é um crime permanente. Com isso essa alegação também foi superada. Um dos objetivos centrais dos requerentes era o de afirmar a incompatibilidade da Lei de Anistia (Lei nº 6.683/79) brasileira com os dispositivos da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Desse modo foi instruído o processo, foram produzidas as provas, tudo à luz do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, sendo prolatada a decisão. Em 24 de novembro de 2010, a CIDH, analisando o caso "Gomes Lund e outros *versus* Estado Brasileiro", proferiu a seguinte Sentença, que em breve resumo, em termos penais, fundou-se nestes pontos:

> a) a demanda se referia à responsabilidade do Estado Brasileiro pela detenção arbitrária, tortura e desaparecimento forçado de cerca de 90 (noventa) pessoas, entre militantes do PC do B e camponeses, na "Guerrilha do Araguaia", tudo resultado de operações militares, patrocinadas e realizadas pelo governo brasileiro, entre os anos de 1972 e 1975, a fim de aniquilar os integrantes retromencionados;
> b) as disposições da Lei de Anistia brasileira que impedem a investigação e sanção de graves violações de direitos humanos

são incompatíveis com a Convenção Americana, carecem de efeitos jurídicos e não podem seguir representando um obstáculo para a investigação dos fatos do presente caso, nem para a identificação e punição dos responsáveis; e tampouco podem ter igual ou semelhante impacto a respeito de outros casos de graves violações de direitos humanos consagrados na Convenção Americana, ocorridos no Brasil;

c) o Estado é responsável pelo desaparecimento forçado e, portanto, pela violação dos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, estabelecidos nos artigos 3, 4, 5 e 7 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento, em prejuízo das pessoas indicadas no parágrafo 125 da presente Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 101 a 125 da mesma Sentença;

d) o Estado descumpriu a obrigação de adequar seu direito interno à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, contida em seu artigo 2, em relação aos artigos 8.1, 25 e 1.1 do mesmo instrumento, como consequência da interpretação e aplicação que foi dada à Lei de Anistia a respeito de graves violações de direitos humanos. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial previstos nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação aos artigos 1.1 e 2 desse instrumento, pela falta de investigação dos fatos do referido caso, bem como pela falta de julgamento e sanção dos responsáveis, em prejuízo dos familiares das pessoas desaparecidas e da pessoa executada,

> indicados nos parágrafos 180 e 181 da citada Sentença, nos termos de seus parágrafos 137 a 182;
> e) o Estado é responsável pela violação do direito à liberdade de pensamento e de expressão consagrado no artigo 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com os artigos 1.1, 8.1 e 25 desse instrumento, pela afetação do direito a buscar e a receber informação, bem como do direito de conhecer a verdade sobre o ocorrido. Da mesma maneira, o Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais estabelecidos no artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação com os artigos 1.1 e 13.1 do mesmo instrumento, por exceder o prazo razoável da Ação Ordinária, todo o anterior em prejuízo dos familiares indicados nos parágrafos 212, 213 e 225 da mencionada Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 196 a 225 dessa mesma decisão;
> f) o Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo instrumento, em prejuízo dos familiares indicados nos parágrafos 243 e 244 da aludida Sentença, em conformidade com o exposto nos parágrafos 235 a 244 dessa mesma decisão.

Portanto, foi determinado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, ao condenar o Estado Brasileiro, que este cumprisse, em relação aos aspectos penais, as seguintes determinações, *in litteris:*

> I. O Estado deve conduzir eficazmente, perante a jurisdição ordinária, a investigação penal dos fatos do presente caso a fim de esclarecê-los, determinar

as correspondentes responsabilidades penais e aplicar efetivamente as sanções e consequências que a lei preveja, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 256 e 257 da presente Sentença.

II. O Estado deve realizar todos os esforços para determinar o paradeiro das vítimas desaparecidas e, se for o caso, identificar e entregar os restos mortais a seus familiares, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 261 a 263 da presente Sentença.

III. O Estado deve oferecer o tratamento médico e psicológico ou psiquiátrico que as vítimas requeiram e, se for o caso, pagar o montante estabelecido, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 267 a 269 da presente Sentença.

IV. O Estado deve realizar as publicações ordenadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 273 da presente Sentença.

V. O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional a respeito dos fatos do presente caso, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 277 da presente Sentença.

VI. O Estado deve continuar com as ações desenvolvidas em matéria de capacitação e implementar, em um prazo razoável, um programa ou curso permanente e obrigatório sobre direitos humanos, dirigido a todos os níveis hierárquicos das Forças Armadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 283 da presente Sentença.

VII. O Estado deve adotar, em um prazo razoável, as medidas que sejam necessárias para tipificar o delito de desaparecimento forçado de pessoas em conformidade com os parâmetros interamericanos, nos termos do estabelecido no parágrafo 287 da presente Sentença. Enquanto cumpre com esta medida, o Estado deve adotar todas aquelas ações que garantam o efetivo julgamento, e se for o caso, a punição em relação aos fatos constitutivos de desaparecimento forçado através dos mecanismos existentes no direito interno.

VIII. O Estado deve continuar desenvolvendo as iniciativas de busca, sistematização e publicação de toda a informação sobre a Guerrilha do Araguaia, assim como da informação relativa a violações de direitos humanos ocorridas durante o regime militar,

> garantindo o acesso à mesma nos termos do parágrafo 292 da presente Sentença.

Para terminar, foi declarado nessa louvável decisão que a Corte iria supervisionar o cumprimento integral da Sentença, no exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres, em conformidade ao estabelecido na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e daria por concluído o referido caso uma vez que o Estado teria dado cabal cumprimento ao disposto nesse instrumento. Também foi deliberado que, dentro do prazo de um ano, a partir de sua notificação, o Estado deveria apresentar ao Tribunal um informe sobre as medidas adotadas para o seu cumprimento. Até o presente momento, nada foi feito pelo governo brasileiro.

Não se pode esquecer das felizes palavras proferidas pelo eminente Juiz *Ad-Hoc*, Dr. Roberto de Figueiredo Caldas, que consignou em seu voto nessa Sentença da CIDH:

> É preciso ultrapassar o positivismo exacerbado, pois só assim se entrará em um novo período de respeito aos direitos da pessoa, contribuindo para acabar com o círculo de impunidade no Brasil. É preciso mostrar que a Justiça age de forma igualitária na punição de quem quer que pratique graves crimes contra a humanidade, de modo que a imperatividade do Direito e da Justiça sirvam sempre para mostrar que práticas tão cruéis e desumanas jamais podem se repetir, jamais serão esquecidas e a qualquer tempo serão punidas.

7 CONCLUSÃO

> *Hannah, estás me ouvindo? Onde te encontrares, levanta os olhos. Vês, Hannah? O sol vai rompendo as nuvens que se dispersam. Estamos saindo da treva para a luz. Vamos entrando em um mundo novo, um mundo melhor, em que os homens estarão acima da cobiça, do*

ódio e da brutalidade. Ergue os olhos, Hannah. A alma do homem ganhou asas e afinal começa a voar. Voa para o arco-íris, para a luz da esperança. Ergue os olhos, Hannah. Ergue os olhos.
(Charles Chaplin,
Discurso final em "O grande ditador").

Do que foi exposto, em verificação aos problemas enfocados inicialmente, conclui-se que:

Foram marcos iniciais, dando origem ao termo "Justiça de Transição", a criação dos tribunais de Nuremberg e de Tóquio, para punir os crimes cometidos durante a II Guerra Mundial. O termo "Transição" significa passagem de um período de violação de Direitos Humanos para a redemocratização, via judicial.

A Justiça de Transição, consoante preceitua a ONU, pode ser definida como sendo a reunião de fatores, com abordagens e mecanismos, judiciais ou extrajudiciais, com a finalidade de investigar e responsabilizar os fatos e autores de violações em massa ocorridos no pretérito no Brasil (1964/1985), a fim de fazer com que floresça o direito à memória, à verdade, tudo com o intuito de fortalecer o Estado Democrático de Direito, havendo em decorrência, medidas preventivas e assecuratórias de que violações dessa ordem não aconteçam nunca mais.

A Justiça de Transição tem como eixos básicos de sustentação, a finalidade de esclarecer a história, em um contexto de se fazer florescer a verdade e a memória, bem assim, de normalizar institucionalmente/juridicamente o país afetado, reparar os danos causados às vítimas e seus familiares, reformar as instituições para fortalecer a democracia,

trazendo a ideia de reconciliação, e, por fim, investigar as violações de Direitos Humanos havidas, no intuito de responsabilizar os infratores.

Após a redemocratização no Brasil, por força de Tratados e Convenções Internacionais ratificados por nosso país, o Estado tem a missão de atribuir responsabilidades aos seus agentes que cometeram crimes contra os Direitos Humanos, bem assim, de fazer a devida reparação de danos (morais e materiais) que porventura ainda não tenha sido feita, seja às vítimas, seja a seus familiares. Isso vai resultar, não se tem dúvida, no fortalecimento de nossa democracia.

Como caminho para se chegar à verdade sobre fatos ocorridos no período de exceção no Brasil (1964/1985) tem-se como vetor básico o entendimento de que as violações individuais tiveram repercussão coletiva, atingindo-nos a todos. Deve-se portanto, romper-se com a amnésia seletiva, com o silêncio proposital e com o conveniente esquecimento, a fim de que a dignidade das vítimas e de seus familiares seja recuperada. Nós temos o direito de conhecer esse passado.

Infelizmente, a posição adotada pelo STF, em considerar legal e válida a Lei de Anistia, constitui obstáculo à efetivação da Justiça de Transição, até porque nosso judiciário tem tido muita dificuldade em reconhecer e entender o conceito de crimes contra a humanidade e seus efeitos jurídicos, como a vedação de anistia ou da prescrição quando ocorrem tais delitos. Nos dizeres de Oscar Vilhena, não há como um país civilizado deixar impune um agente de Estado na época da ditadura militar que confessou à Comissão Nacional da Verdade que participou de brutais sessões de tortura, assassinatos, desconfiguração de cadáver e sua ocultação, e que se preciso fosse, faria tudo de novo.

Ainda que de modo lento e gradual, o Ministério Público Brasileiro tem sido combativo e atuante na busca da efetivação da Justiça de Transição, movendo inúmeras ações judiciais e extrajudiciais, em especial o MPM e o MPF, na busca da investigação, esclarecimento e reparação dos danos causados pelo Estado brasileiro.

A Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso Gomes Lund, ao condenar o Brasil por violação de Direitos Humanos, no caso da "Guerrilha do Araguaia", é um marco histórico e de suma importância para que erros do passado sejam reparados. Que o Brasil cumpra o quanto antes o que foi determinado naquela antológica decisão.

Pode-se aduzir que o maior óbice para o sucesso e a efetivação da Justiça de Transição no Brasil é a inacessibilidade aos documentos, arquivos, enfim, registros desse período (1964-1985). O que impossibilita o conhecimento dos fatos. Felizmente, os trabalhos da Comissão Nacional da Verdade (CNV) arredam um pouco esse obstáculo, vez que trouxeram à baila novos assuntos e versões sobre o que ocorreu, em especial, como as vítimas eram mortas e o destino dado aos seus corpos, como relatou minuciosamente o Coronel Paulo Malhães, em seu estarrecedor depoimento feito à CNV.

O direito de se saber a verdade é sagrado. Conhecer a história, verificar como e por que os fatos ocorreram. Onde estão os corpos dos desaparecidos políticos (ou que destino foi dado a eles)? Eis a importância da discussão. Debates dessa ordem vão propiciar Justiça, resgate histórico e, por que não, punição para quem violou Direitos Humanos? Tudo dará ênfase aos valores intrínsecos à Justiça de Transição: a reparação, a verdade e a memória.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, P.; TORELLY, M. *Justiça de Transição no Brasil*: a dimensão da reparação. Repressão e memória política no contexto Ibero-Americano. Brasília/ Coimbra: Ministério da Justiça, 2010.

AMBOS, K.; MALARINO, E. (editores). In: IBCCRIM. Maria Thereza Rocha de Assis Moura; Marcos Alexandre Zilli e Fabíola Girão M. Ghidalevich. *Justicia de Transición. informes de América Latina, Alemania, Italia y España*. Bogotá: Editorial Temis S. A., 2010.

BELL, *C. Transitional justice, interdisciplinarity and the state of the field or non fild. International Journal of Transitional Justice*. v. 3, n. 1, 2009, p. 5-27.

BIDART C. G. J. *Compendio de Derecho Constitucional*. Buenos Aires: Ediar, 2008.

BICKFORD, L. *Transitional Justice. Encyclopedia of genocide and crimes against Humanity*. v. 3, New York, 2004, p. 1045-1047.

BRASIL. *Constituição da República Federativa. Brasília*, DF. Senado Federal, 1988.

BRASIL. Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos. *Direito à memória e à verdade*. Secretaria Especial de Direitos Humanos. Brasília, 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. Coimbra: Almedina, 1993.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Caso Gomes Lund e outros ("Guerrilha do Araguaia") vs. Brasil*. Sentença de 24 de novembro de 2010.

ELSTER, J. *Rendición de Cuentas. La Justicia Transicional en perspectiva histórica*. Tradução: Ezequiel Zaidenwerg. Buenos Aires: Katz, 2006.

FAUSTO, B. *História concisa do Brasil*. São Paulo: Imprensa Oficial; Edusp, 2001.

GOMES, L. F.; MAZZUOLI, V. (organizadores). *Crimes da Ditadura Militar. Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos: Argentina, Brasil, Chile, Uruguai*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MÉNDEZ, J. E. *Responsabilização por abusos do passado*. In: Justiça de Transição. Manual para a América Latina. Félix Reátegui (organizador). Brasília: Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. S/2004/616. O Estado de Direito e a justiça de transição em sociedades em conflito ou pós-conflito. Tradução: Marcelo Torelly e Kelen Ferreira. *Revista Anistia Política e Justiça de Transição*. Brasília: Ministério da Justiça, nº 1, jan.-jun. 2009, p. 320-351.

PAYNE, L.; TORELLY, M.; ABRÃO, P. *A Anistia na Era da Responsabilização. O Brasil em perspectiva internacional e comparada*. Brasília: Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. Centro de estudos latino-americanos. Universidade de Oxford, 2011.

PINHO, R. C. R. *Teoria Geral da Constituição e Direitos Fundamentais*. Coleção Sinopses Jurídicas 17. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

PINTO, M. J. Guerrilha do Araguaia: condenação do Brasil pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. *Revista Jus Navigandi*. Teresina, ano 17, n. 3179, 15mar. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21291>. Acesso em: 9 de maio de 2015.

PIOVESAN, F.; GARCIA, M. (organizadoras). *Proteção internacional dos Direitos Humanos*. Coleção Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos. v. 6. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

PIOVESAN, F.; SOARES, V. P. *Direitos Humanos atual*. São Paulo: Elsever, 2013.

PIOVESAN, F. Força integradora e catalizadora do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. Desafios para a pavimentação de um constitucionalismo regional. *Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo*. RIASP 25/321. São Paulo, jan.-jun. 2010.

PIOVESAN, F. *Lei de Anistia, Sistema Interamericano e o caso brasileiro*. Crimes contra a Ditadura Militar. Uma análise à luz da jurisprudência atual da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Luiz Flávio Gomes e Valério Mazzuoli (organizadores). São Paulo: RT, 2011.

QUINALHA, R. H. Punir ou não punir? Algumas pontes entre a justiça de transição e as críticas ao direito penal. *Boletim IBCCRIM*, ano 22, n. 257. São Paulo: abr. 2014, p. 4-6.

REÁTEGUI, F. (organizador). *Justiça de Transição. Manual para a América Latina*. Brasília: Comissão de Anistia. Ministério da Justiça. Centro Internacional para a Justiça de Transição, 2011.

SOARES, V. P; KISHI, S. A. S. *Memória e verdade*: a Justiça de Transição no Estado Democrático de Direito. São Paulo: Fórum, 2009.

WEICHERT, M. A. Crimes contra a humanidade perpetrados no Brasil. Lei de Anistia e prescrição penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. RBCCrim 74/2170. São Paulo, set.-out. 2008.

Forças Armadas na CRFB/88:
função militar, hierarquia e disciplina e especificidades do regime jurídico militar

Ranna Rannuai Rodrigues Silva
Advogada
Cursando especialização em Direito Militar

RESUMO: O presente artigo visa trazer à tona aspectos constitucionais no que concerne às Forças Armadas e seus membros, para melhor compreensão do papel dessas instituições no Estado Democrático de Direito, bem como compreensão das particularidades e especificidades que regem a vida na caserna. Para tanto, primeiro será analisado o que a Constituição Federal dispôs acerca das instituições militares, sua missão e desdobramentos atuais. A seguir, é necessário destacar os princípios basilares que a própria Carta Magna atribui à tais instituições e entender sua importância e fundamentos, assim como seus limites e ponderações. Por último, e de suma relevância, as singularidades constitucionais referentes aos direitos e garantias do indivíduo militar. O regime jurídico deste, distinto do regime do cidadão comum, será justificado. Entretanto, sem se olvidar que os cidadãos de farda são, antes de tudo, cidadãos como todos os outros e, assim, seu regime jurídico especial deve ser progressivamente adequado para estar em mais consonância com os direitos e garantias individuais assegurados pela Constituição Federal de 1988, buscando-se o equilíbrio entre as particularidades necessárias ao cumprimento das atividades militares e a dignidade da pessoa do militar.

PALAVRAS-CHAVES: Direito Militar. Forças Armadas. Missão Constitucional. Hierarquia e Disciplina. Militares. Direitos Fundamentais.

ABSTRACT: The purpose of this Article is to bring to the fore constitutional aspects regarding the Armed Forces and its members, for a better understanding of the role of these institutions in a democratic State of law, as well as understanding of the particularities and specificities that govern life in the barracks. In both cases, the first will be analyzed what the Federal Constitution had about the military institutions, their mission and current developments. Next, it is necessary to stress the basic principles that the Federal Constitution attaches to such institutions and understand its importance and foundations, as well as its limits and weights. Finally, and of utmost importance, the constitutional traits regarding the rights and guarantees of the individual in the military. The legal arrangements, other than the common citizen, will be justified. However, without forgetting that the citizens in uniform are, first of all, citizen like everyone else and, thus, its special legal regime should be progressively appropriate to be in greater harmony with the personal rights and guarantees provided for in the Federal Constitution of 1988, looking for the balance between the features necessary for the fulfilment of military activities and the dignity of the person in the military.

KEYWORD: Military Law. Armed Forces. Constitutional Mission. Hierarchy and Discipline. Military Personnel. Fundamental Rights.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. A Função Militar das Forças Armadas– 3. Os princípios da hierarquia e disciplina – 4. Especificidades constitucionais do regime jurídico dos militares das Forças Armadas – 5. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

Apesar de a Justiça Militar ser a mais antiga do país, o Direito Militar, até hoje, é pouco estudado. Não só do ponto de vista jurídico, mas a sociedade civil brasileira, em geral, parece desconhecer quem são os militares e a função das Forças Armadas, o que gera um distanciamento e incompreensão no que tange às particularidades do âmbito da caserna.

Talvez pelo passado político recente do país, que foi governado pelos militares de 1964 a 1985, a sociedade se distanciou e criou uma espécie de má impressão do segmento militar. Agora, passados mais de 50 anos da instauração do referido governo e mais de 26 anos de vigência da Constituição cidadã, que superou tal período, é chegada a hora de desmistificar a palavra militar e todas as características que ela traz, bem como dissociar um período político das instituições nacionais, regulares e permanentes previstas na Constituição Federal de 1988 para garantir a soberania do Brasil e o próprio Estado Democrático de Direito: as Forças Armadas.

Dessa forma, o presente artigo visa trazer à tona o que a CRFB/88 dispõe acerca das Forças Armadas e seus militares, suas implicações, justificativas e cenários atuais, na tentativa de esclarecer a figura do militar, a missão das Forças Armadas e o porquê das peculiaridades que permeiam essas instituições. Na esperança de aproximar o cidadão que não veste farda daquele que a veste para garantir o país e seu povo.

Em razão das peculiaridades das atividades militares, principalmente a missão constitucional de defesa da Pátria, as Forças Armadas são regidas pelos princípios constitucionais da hierarquia e disciplina, e os membros das Forças Armadas estão submetidos a um regime jurídico

específico e mais severo, que baliza o acesso aos direitos fundamentais garantidos constitucionalmente. Ao militar são cerceados direitos e exigido sacrifício da vida pessoal, em nome da dedicação à sua missão, que é muito mais que uma profissão. Por todas essas requisições e empenho, é necessário um ramo do Direito especializado que estude, compreenda a vivência dentro das organizações militares e que dê segurança ao militar de que seus atos serão bem avaliados e julgados por aqueles que entendem adequadamente seu dia a dia.

Analisar-se-á que todas as peculiaridades da vida militar estão justificadas pela missão, pela finalidade de existência das Forças Armadas e que, assim, todas as disposições constitucionais destinadas a essas instituições foram previstas a fim de assegurar tal missão. Ademais, verificar-se-á uma tendência de maior aproximação dos dispositivos militares infraconstitucionais com o que preconiza a CRFB/88, acerca dos direitos e garantias fundamentais, o que demonstra que a Justiça Militar, o Direito Militar e as instituições militares, como um todo, têm sim capacidade de estarem bem inseridas no Estado Democrático de Direito e zelando por sua garantia.

2 A FUNÇÃO MILITAR DAS FORÇAS ARMADAS

A Constituição de 1988, em seu Título V, que trata da defesa do Estado e das instituições democráticas, reserva tópico especial às Forças Armadas, ressaltando sua importância na estrutura do Estado, bem como sua especial missão de proteger e servir à nação. Elas são integradas por militares: assim chamadas as pessoas físicas que exercem a função militar e estão vinculadas ao Estado, como agentes públicos, sob o regime do Estatuto dos Militares.

As Forças Armadas são constituídas por Marinha, Exército e Aeronáutica, reunidas pelo Ministério da Defesa, sob o comando supremo do Presidente da República, conforme artigo 84, inciso XIII, da Constituição Federal[1], sendo este assessorado pelo Conselho Militar de Defesa e pelo Ministro de Estado da Defesa. Compete ao Presidente da República a iniciativa de lei para fixação ou modificação dos efetivos das Forças Armadas (CF, art.61, parágrafo primeiro, inciso I) e iniciativa para as leis que disponham sobre militares das Forças Armadas, seu regime jurídico, provimento de cargos, estabilidade, remuneração, reforma e transferência para a reserva (CF, art.61, parágrafo primeiro, inciso II, alínea f). No artigo 142 da Constituição Federal, está positivado que as Forças pela Lei Complementar n° 97, de 9/6/1999, a qual dispõe sobre normas gerais de organização, preparo e emprego das Forças.Armadas são instituições nacionais, permanentes e regulares; organizadas com base na hierarquia e na disciplina e que se destinam à defesa da pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. Estão, também, as Forças Armadas regulamentadas pela Lei Complementar n° 97, de 9/6/1999, a qual dispõe sobre normas gerais de organização, preparo e emprego das Forças.

Sobre as características supras, atribuídas pela Carta Magna às instituições militares, explica Oliveira[2]:

---

[1] *In verbis:* Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: XIII - exercer o comando supremo das Forças Armadas, nomear os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica, promover seus oficiais-generais e nomeá-los para os cargos que lhes são privativos. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 23, de 02/09/99).

[2] OLIVEIRA, F. M. *Sanção Disciplinar militar e controle jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2005. p. 12.

> O constituinte ao atribuir a característica de instituições "nacionais" teve dois objetivos: proibir os estados de terem instituições dessa espécie e, embora integradas ao Poder Executivo, o dever de servir à nação. A afirmação de caráter 'permanente' veda a supressão de qualquer uma delas, bem como impede a sua transitoriedade. E o atributo da 'regularidade' foi com o intuito de impedir que fossem assimiladas às Forças Armadas quaisquer tropas irregulares, ou seja, que não estejam previstas em seu quadro de efetivos.

A defesa da pátria, primeira e nobre missão das Forças Armadas, tem em seu âmago, a ideia de manutenção da soberania nacional. A soberania é um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, conforme artigo 1° da Lei Maior pátria, aparecendo no mesmo rol de importância dos outros fundamentos da República: cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político[3]. A soberania é elemento da formação de um Estado, ao lado de território e povo, e elemento de sobrevivência daquele, pois para se perpetuar precisa impor sua supremacia de poder estatal frente à comunidade internacional, bem como a grupos sociais internos. Para fazer valer sua vontade nacional, ou seja, a vontade do povo, representada pela supremacia do poder estatal, um estado soberano precisa de um poder coercitivo, um instrumento de força, para proteger seu território, seu povo e manter sua soberania. As Forças Armadas, assim, são necessárias para a própria subsistência e integridade do Estado Democrático de Direito.

[3] *In verbis:* Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania; II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V - o pluralismo político. Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

O Brasil, país vasto territorialmente e com abundância de recursos, precisa ser forte e constantemente impor sua soberania nacional, pois, se, por um lado, é agraciado com muitas riquezas naturais e muitos quilômetros quadrados, por outro, se mal protegido, torna-se muito vulnerável e suscetível de abalos, seja no seu espaço físico, seja na sua força de se impor como autoridade soberana. Em seu escrito sobre as Forças Armadas e a soberania do Estado, o Vice-Almirante (RM1), Elia (2008, p. 4) traz a expressão "vulnerabilidade estratégica" criada por um de seus pares: "A este ponto, cabe uma referência ao alerta de outro almirante estudioso dos problemas nacionais, Armando Amorim Ferreira Vidigal, que cunhou a expressão 'vulnerabilidade estratégica', a qual, em certas circunstâncias, pode substituir o estratégico conceito de ameaça". Acerca disso, afirma o almirante Vidigal: "A posse de um bem de grande valor, sem os meios necessários para garanti-la, é, sem dúvida, uma vulnerabilidade" (VIDIGAL *apud* ELIA)[4].

No âmbito interno, as Forças Armadas garantem os poderes constitucionais, mantendo a estrutura jurídica vigente, com todas as suas características democráticas e de direito, cuidando da estabilidade das instituições, bem como da autoridade dos Poderes Judiciário, Legislativo e Executivo, para que o estado possa dar consecução aos seus fins e objetivos, estabelecidos na Carta Magna, em seu artigo 3°.

Assim, as Forças Armadas existem, necessariamente, como instrumento de coerção, para servir ao direito e assegurar a paz social, garantindo a independência e harmonia dos três poderes e, logo, mantendo a organização e estrutura política do estado democrático de direito.

[4] VIDIGAL *apud* ELIA, Rui da Fonseca. *As Forças Armadas e a integridade do Estado democrático.* 12 dez. 2008. Disponívelem:<http://www.mar.mil.br/diversos/Artigos_selecionados/Documentos/AsFAeaintegridadedoEstadodemocratico.pdf>. Acesso em: 10 nov. 2013.

A Constituição conferiu às Forças Armadas a função e missão de defesa da pátria[5], de garantir os poderes constitucionais e, em *ultima ratio*, a garantia da lei e da ordem. Quanto às funções militares observamos que, em primeiro lugar, como função primária, cabe às Forças Armadas a defesa da pátria contra ameaças estrangeiras, garantindo-lhe sua independência, integridade e soberania. Função secundária é a previsão de garantir os poderes constitucionais, impondo respeito à Constituição e, por fim e, subsidiariamente, garantir a lei e a ordem internamente. Esta última cabe, primeiramente, às forças de segurança pública e, por isso, só é exercida pelas Forças Armadas em caráter temporário e se necessário para o devido restabelecimento da ordem.

O jurista José Afonso da Silva[6] assim explica sobre a função das Forças Armadas:

> [...] de tal sorte que sua missão essencial é a da defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais, o que vale dizer defesa, por um lado, contra agressões estrangeiras em caso de guerra externa e, por outro lado, defesa das instituições democráticas, pois a isso corresponde a garantia dos poderes constitucionais, que, nos termos da Constituição, emanam do povo (art.1°. parágrafo único). Só subsidiária e eventualmente lhes incumbe a defesa da lei e da ordem, porque essa defesa é de competência primária das forças de segurança pública, que compreendem à polícia federal e às polícias civil e militar dos Estados e do Distrito Federal.

A missão destinada às Forças Armadas, em *ultima ratio*, de garantia da lei e da ordem, é subsidiária e excepcional, uma vez que essa função, de manutenção da convivência social, incumbe às forças de segurança

[5] A defesa da pátria é matéria disciplinada no Decreto Federal Nº 6703, publicado em 18 de dezembro de 2008.

[6] SILVA, J. A. *Jurisdição Militar no Brasil.* Bicentenário da Justiça Militar no Brasil. Brasília: Coletânea de estudos jurídicos, 2008. p. 85.

pública. Tal atribuição está determinada constitucionalmente a órgãos especiais, no artigo 144, *in verbis*:

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

De acordo com Alexandre de Moraes (2010)[7], a multiplicidade de órgãos de defesa da segurança pública tem dupla finalidade: o atendimento aos reclamos sociais e a redução da possibilidade de intervenção das Forças Armadas na segurança interna. Somente quando insuficientes os órgãos específicos, para a manutenção da estabilidade pública e havendo quebra da ordem interna, poderá ser feita a convocação das Forças Armadas, para atuar com poder de polícia. A convocação deverá ser feita por um dos representantes dos poderes federais, Presidente da Mesa do Congresso Nacional, Presidente da República e Presidente do Supremo Tribunal Federal, para agir em defesa da Lei e da Ordem.

Atualmente, tropas militares realizam operações contra o tráfico de drogas e para implementação de Unidades de Polícia Pacificadora no Rio de Janeiro, com base na Garantia da Lei e da Ordem. Militares do Exército e da Marinha, juntamente com policiais militares e civis, integraram a denominada Força de Pacificação que atuou nos complexos do Alemão, da Penha e da Maré. Ressalta-se também a participação em eventos de grande porte, como a Copa do Mundo FIFA de 2014 e as Olimpíadas e Paraolimpíadas de 2016. O emprego das Forças Armadas em garantia da lei e da ordem tem respaldo no

[7] MORAES, A. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

supracitado artigo 142 da CRFB/88, na Lei Complementar nº 97/1999 e o Decreto nº 3.897/2001. Ademais, foi elaborado o Manual de GLO (Garantia da Lei e da Ordem) pelo Estado Maior Conjunto das Forças Armadas, aprovado e veiculado pela Portaria Normativa n°186 do Ministério da Defesa, de 31 de janeiro de 2014.

Nesse contexto, gerou-se uma controvérsia quanto à competência para julgar crimes cometidos por militares no exercício das atribuições subsidiárias das Forças Armadas. O parágrafo 7° do artigo 15 da Lei Complementar n° 97, de 9 de junho de 1999, com redação conferida inicialmente pela Lei Complementar n° 117, de 2004 e, atualmente, alterada pela Lei Complementar n° 136, de 2010, dispõe que:

> Art.15, §7° – A atuação do militar nos casos previstos nos arts. 13, 14, 15, 16-A, nos incisos IV e V do art. 17, no inciso III do art. 17-A, nos incisos VI e VII do art. 18, nas atividades de defesa civil a que se refere o art. 16 desta Lei Complementar e no inciso XIV do art. 23 da Lei no 4.737, de 15 de julho de 1965 (Código Eleitoral), é considerada atividade militar para os fins do art. 124 da Constituição Federal[8].

A Procuradoria-Geral da República contesta a constitucionalidade de tal norma, com ajuizamento, perante o Supremo Tribunal Federal, da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5032, vez que entende não ser atividade tipicamente militar as atribuições subsidiárias das Forças Armadas. Destarte, crimes decorrentes dessa atuação não seriam crimes militares passíveis de serem processados e julgados pela Justiça Militar da União e, sim, pela Justiça Comum.

Na referida ação, o Ministério Público Militar ingressou como *amicus curie.* A Advocacia Geral da União, por seu turno, sustenta que o

[8] *In verbis*: Art. 124. à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Parágrafo único: A lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

exercício das atividades subsidiárias pelas Forças Armadas não deixa de configurar atividade militar, vez que está previsto no artigo 142 da Carta Magna, a garantia da lei e da ordem, entre as funções destinadas às Forças Armadas. Portanto, eventuais crimes decorridos dessas atividades são militares, de competência para julgamento pela Justiça Militar da União, conforme art.124 da CRFB/88. Destaca, ainda, que há julgados da Suprema Corte com entendimento de que é atividade militar o emprego das instituições militares federais na garantia da lei e da ordem e, portanto, passível de processo e julgamento pela Justiça Militar. A ADI 5032 ainda aguarda julgamento pelo plenário da Suprema Corte.

Por fim, interessante ressaltar aqui, a atuação destinada às Forças Armadas, pelo artigo 16-A da Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, acrescentado por força do artigo 2º, da Lei Complementar nº 136/2010, *in verbis*:

> Art. 16 – Cabe às Forças Armadas, além de outras ações pertinentes, também como atribuições subsidiárias, preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias, atuar, por meio de ações preventivas e repressivas, na faixa de fronteira terrestre, no mar e nas águas interiores, independentemente da posse, da propriedade, da finalidade ou de qualquer gravame que sobre ela recaia, contra delitos transfronteiriços e ambientais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, executando, dentre outras, as ações de: I – patrulhamento; II – revista de pessoas, de veículos terrestres, de embarcações e de aeronaves; e III – prisões em flagrante delito. Parágrafo único. As Forças Armadas, ao zelar pela segurança pessoal das autoridades nacionais e estrangeiras em missões oficiais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, poderão exercer as ações previstas nos incisos II e III deste artigo.

Esse dispositivo permitiu às Forças Armadas atuar de forma subsidiária às polícias judiciárias, repressiva e preventivamente, para o combate de determinados delitos ocorridos em faixa de fronteira. Explica Juliana Gomes, especialista no assunto, em seu artigo científico[9]:

> Diante desse quadro é que se conclui que o emprego das Forças Armadas na repressão dos delitos transfronteiriços e ambientais em faixa de fronteira trata-se de nova frente de atuação somada àquelas previstas no artigo 142 da Constituição da República (defesa da pátria, garantia dos poderes constitucionais e garantia da lei e da ordem).É certo que, quando se fala em prevenção e repressão a delitos transfronteiriços, trata-se, em última análise de atuação destinada à defesa da pátria, que inclui o controle e vigilância das fronteiras. Porém, trata-se de aspecto diverso do controle e vigilância de fronteiras estabelecidas como diretriz da Estratégia de Defesa Nacional do Decreto nº 6703/2008.

3 OS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA

Os militares são membros de instituições diferenciadas, regidas pelos princípios da hierarquia e da disciplina, elementos fundamentais à compreensão da estrutura militar, dispostos no art. 142, caput, da CF/88[10]. Assim, os militares, no exercício de suas funções, estão regulamentados por deveres e obrigações, pautados nos princípios

[9] GOMES, J. S. R. *O poder de polícia das Forças Armadas:* atuação na faixa de fronteira contra delitos transfronteiriços e ambientais. (Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro). Rio de Janeiro, 2011.

[10] A Constituição de 1988 recepciona a Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980 (Estatuto dos Militares), e reafirma o que já estava expresso no Artigo 14, caput, do Estatuto, sobre a hierarquia e a disciplina serem a base institucional das Forças Armadas. Importante ressaltar que o conteúdo do Estatuto, recepcionado pela Constituição de 1988, foi todo aquele que estava disposto de acordo com os preceitos da Carta Magna. Entretanto, por ter sido formulado com base na Constituição Federal de 1967, o Estatuto pode ter dispositivos contrários aos da constituição vigente, devendo tais normas, portanto, serem consideradas como não recepcionadas pela atual constituição.

da hierarquia e disciplina. Isso porque a razão de ser da hierarquia e disciplina está baseada justamente na missão constitucional dos militares e de suas respectivas corporações.

As Forças Armadas são garantidoras da existência do próprio Estado Democrático de Direito, salvaguardando suas instituições democráticas, bem como, subsidiariamente, a lei e a ordem. Os militares que as compõem estão direcionados na defesa da pátria, em prejuízo da própria vida. Essa defesa contra o inimigo, externo ou interno, da pátria envolve o manejo de vários indivíduos, ordenados em tropa, fortemente treinados e operando os mais diversos tipos de armamentos. Essa tropa tem que estar constantemente supervisionada e direcionada para os fins a que se destina. Observa-se, então, a razão de ser da hierarquia e disciplina como pilares estruturais das instituições militares, visto que servem para manter a coesão do organismo militar e prevenir desvirtuamento das condutas dos militares: indivíduos fortes, treinados e com manejo de armamentos. Nessa esteira, Carvalho (2005) explica:

> Sua base institucional está estruturada na hierarquia e na disciplina militar, sem as quais seria de todo impraticável a realização da sua missão e todas as guerras estariam perdidas sem que fosse necessário disparar um tiro sequer. São, ainda, parte inalienável do Estado Democrático de Direito e, muito além disso, são, *ultima ratio*, os garantes materiais da sua própria sobrevivência, como bem explicitado na Carta Constitucional, que lhes atribuiu a defesa da pátria como missão maior[11].

[11] CARVALHO, A. R. A tutela jurídica da hierarquia e da disciplina militar: aspectos relevantes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 806, 17 set. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7301>. Acesso em: 14 nov. 2013.

Para melhor compreensão do assunto, cabe trazer à tona a definição dos conceitos de hierarquia e disciplina que constam no Estatuto dos Militares[12]:

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

Ainda Carvalho (2005)[13], ensina que:

> Hierarquizadas formam uma pirâmide quanto ao comando, regendo cada escalão superior, todos os inferiores, como é necessário para as manobras e operações bélicas. Disciplinadas formam um arcabouço de certeza operativa, que se traduz na eficiência da pronta-resposta aos comandos recebidos do escalão superior. Se assim não o fosse, se cada ordem pudesse ser contestada ou discutida, diante do perigo real ou

[12] BRASÍLIA. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Coletânea de Legislação – Coleção RT Mini Códigos. São Paulo: RT, 2012, p. 283.
[13] CARVALHO, A. R. A tutela jurídica da hierarquia e da disciplina militar: aspectos relevantes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 806, 17 set. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7301>. Acesso em: 14 nov. 2013.

> iminente, as tropas sucumbiriam pela inércia ou pela desordem e falta de coesão nas ações.

Dessa forma, é possível visualizar que a hierarquia e a disciplina formam dois princípios e dois pilares íntimos, um em relação ao outro, visto que se destinam a uma mesma finalidade. Portanto, a hierarquia é a base para que a tutela disciplinar funcione, bem como a disciplina sem a hierarquia não conseguiria ser implementada. Coexistem, pode-se dizer, em simbiose. Desses valores, que são o alicerce da estrutura militar emanam o dever de obediência e subordinação do militar, próprios da atividade castrense.

Interessante frisar que algumas características das organizações militares, como: princípio da unidade de comando, princípio de direção[14] e a escala hierárquica, contribuíram para o estudo das teorias da Administração. Acerca da hierarquia, Chiavenato[15] explica que:

> O conceito de hierarquia na organização militar é tão antigo quanto a própria guerra. No século XVIII na Prússia, para aumentar a eficiência do exército, o imperador Frederico II, o Grande (1712-1786), criou um estado-maior (*staff*) para assessorar o comando (linha) militar. Os oficiais de assessoria (*staff*) cuidavam do planejamento e os de linha, da execução das operações de guerra. Os oficiais formados no estado-maior (*staff*) eram transferidos para posições de comando (linha) e novamente para o estado-maior, para assegurar experiência nas funções de gabinete, de campo e novamente de gabinete.

---

[14] Chiavenato ensina sobre o princípio de direção: "A organização militar utiliza o princípio de direção, segundo o qual todo soldado deve saber o que se espera dele, aquilo que deve fazer. Napoleão nunca deu uma ordem sem explicar o objetivo e certificar-se de que haviam compreendido corretamente, pois a obediência cega nunca leva à execução inteligente".

[15] CHIAVENATO, I. *Introdução à Teoria Geral da Administração*, edição compacta, 3. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

A hierarquia se expressa em relações escalonadas entre postos e graduações, formando uma cadeia de comando dos superiores hierárquicos para inferiores. Por seu turno, a disciplina é a obediência inquestionável dos círculos inferiores às ordens e diretrizes emanadas pelos círculos de comandos superiores.

Farlei Oliveira[16] explica, acerca da obediência irrestrita às determinações superiores, que

> as ordens e determinações legais devem ser bem e fielmente cumpridas, sem ampliação ou restrição ao exato sentido da ordem determinada pelo superior hierárquico, a menos que sejam ordens manifestamente ilegais. Ausente essa hipótese, o descumprimento ou retardamento da ordem pode ensejar falta disciplinar ou crime funcional (prevaricação), previsto e tipificado no Código Penal e no Código Penal Militar. (Grifo nosso).

Frisando que as ordens de comando devem sempre estar pautadas nos limites legais, pois não pode haver ilegalidade e arbitrariedade. Assim como, os princípios da hierarquia e disciplina, mesmo que de suma importância para a estrutura militar, não podem ir de encontro aos demais princípios constitucionais.

Observa-se que a preservação das Forças Armadas, instituições militares, erigidas e sustentadas com base na hierarquia e na disciplina militar, exige um rol legislativo próprio com regras e sanções específicas aos bens tutelados especificamente pelo círculo castrense. Tais regramentos são divididos de acordo com a gravidade em:

[16] OLIVEIRA, F. M. *Sanção Disciplinar militar e controle jurisdicional*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.

> a) crimes militares e suas respectivas sanções penais militares;
> b) transgressões disciplinares e suas sanções disciplinares.
> No domínio da Administração Militar, o Estatuto dos Militares, regula a situação, obrigação, deveres, direitos e prerrogativas dos membros das Forças Armadas, sendo a principal legislação administrativa na tutela da hierarquia e disciplina militar. Determinou, ainda o Estatuto que cada Força Armada iria elaborar seu regulamento disciplinar [17]. Destarte, a disciplina é conduzida pelos regulamentos disciplinares, os quais determinam os ilícitos administrativos, também denominados transgressões disciplinares, bem como determinam as sanções administrativas ou punições disciplinares.

Assim, foram elaborados o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAer)[18], o Regulamento Disciplinar da Marinha (RDM)[19] e o Regulamento Disciplinar do Exército (R-4)[20]. Ademais, a Administração Militar também tutela a hierarquia e a disciplina, quando exerce atividade policial judiciária militar, conforme artigos 7° e 8° do Código de Processo Penal Militar, Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969.

---

[17] In verbis: Art. 47. Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas á amplitude e aplicação das penas disciplinares, á classificação do comportamento militar e á interposição de recursos contra as penas disciplinares.

[18] Decreto 76.322, de 22 de setembro de 1975. Altera dispositivos do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica. Disponível em: <http://www. planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/D96013.htm>. Acesso em: 20 nov. 2013.

[19] Decreto 88.545, de 26 de julho de 1983. Acrescenta dispositivo ao Decreto nº 88.545, de 26 de julho de 1983, que aprovou o Regulamento Disciplinar para a Marinha. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/1985-1987/D93665.htm>. Acesso em: 20 nov. 2013.

[20] Decreto 4.346, de 26 de agosto de 2002. Atual R-4. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 nov. 2013.

No âmbito do Poder Judiciário, a Justiça Militar da União tem competência constitucional para processar e julgar crimes militares, previstos em lei, tutelando então, penalmente, os princípios da hierarquia e disciplina militar. Importante destacar aqui, o órgão do Ministério Público Militar (MPM), que exerce suas funções de salvaguarda dos pilares institucionais militares, tanto no âmbito do Judiciário, como da Administração Militar, vejamos:

> Art. 116. Compete ao Ministério Público Militar o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça Militar: I – promover, privativamente, a ação penal pública; II – promover a declaração de indignidade ou de incompatibilidade para o oficialato; III – manifestar-se em qualquer fase do processo, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção.
> Art. 117. Incumbe ao Ministério Público Militar: I – requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial-militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas; II – exercer o controle externo da atividade da polícia judiciária militar[21].

A Justiça Castrense protege então, na seara penal, os valores fundamentais e funcionais das Forças Armadas, hierarquia e disciplina, de acordo com o disposto constitucionalmente, a fim da manutenção da coesão das instituições militares e correta destinação da sua missão constitucional. Essa tutela específica dos bens jurídicos castrenses, como já dito, pautada na Lei Maior, segue e respeita também seus demais valores fundamentais, como é possível verificar pelos julgados do Superior Tribunal Militar e da Suprema Corte brasileira:

[21] Estatuto do Ministério Público da União – Lei Complementar 75, de 20 de maio de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp75.htm>. Acesso em: 21 nov. 2013.

HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. CONSCRITO OU RECRUTA DO EXÉRCITO BRASILEIRO. POSSE DE ÍNFIMA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE EM RECINTO SOB ADMINISTRAÇÃO CASTRENSE. INAPLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA PENAL. INCIDÊNCIA DA LEI CIVIL 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. RESOLUÇÃO DO CASO PELO CRITÉRIO DA ESPECIALIDADE DA LEGISLAÇÃO PENAL MILITAR. ORDEM DENEGADA. 1. A questão da posse de entorpecente por militar em recinto castrense não é de quantidade nem do tipo de droga que se conseguiu apreender. O problema é de qualidade da relação jurídica entre o particularizado portador da substância entorpecente e a instituição castrense de que ele fazia parte, no instante em que flagrado com a posse da droga em pleno recinto sob administração militar. 2. A tipologia da relação jurídica em ambiente castrense é incompatível com a figura da insignificância penal, pois, independentemente da quantidade ou mesmo da espécie de entorpecente sob a posse do agente, o certo é que não cabe distinguir entre adequação apenas formal e adequação real da conduta ao tipo penal incriminador. É de se pré-excluir, portanto, a conduta do paciente das coordenadas mentais que subjazem à própria tese da insignificância penal. Pré-exclusão que se impõe pela elementar consideração de que o uso de drogas e o dever militar são como água e óleo: não se misturam. Por discreto que seja o concreto efeito psicofísico da droga nessa ou naquela relação tipicamente militar, a disposição pessoal em si para manter o vício implica inafastável pecha de reprovabilidade cívico-funcional. Senão por afetar temerariamente a saúde do próprio usuário, mas pelo seu efeito danoso no moral da Corporação e no próprio conceito social das Forças Armadas, que são instituições voltadas, entre outros explícitos fins, para a garantia da ordem democrática. Ordem democrática, ressalte-se, que é o princípio dos princípios da nossa Constituição Federal, na medida em que normada como a própria razão de ser da nossa República Federativa, nela embutidos o esquema da Tripartição dos Poderes e o modelo das Forças Armadas brasileiras. Saltando à evidência

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

modo peculiar pelo qual a Constituição Federal dispõe sobre as instituições castrenses que se estruturam no âmbito da União. Modo especialmente constitutivo de um regime jurídico timbrado pelos encarecidos princípios da hierarquia e da disciplina, sem os quais não se pode falar das instituições militares como a própria fisionomia ou a face mais visível da idéia de ordem. O modelo acabado do que se poderia chamar de "relações de intrínseca subordinação" para o melhor serviço da Pátria, sinônimo perfeito desse princípio espiritual que atende pelo nome de "Nação". 6. Ordem denegada. (Grifo nosso)[22].

EMENTA: HABEAS CORPUS. CONVERSÃO DE PRISÃO EM FLAGRANTE EM PRISÃO PREVENTIVA. FURTO SIMPLES NA FORMA TENTADA. FUNDAMENTAÇÃO DA CUSTÓDIA NA MANUTENÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA HIERARQUIA E DISCIPLINA. IMPROCEDÊNCIA. A necessidade de manutenção dos princípios da hierarquia e disciplina (alínea e do art. 255 do CPPM), fundamento do qual se valeu a autoridade judiciária para manter a segregação do paciente, deve ser amplamente demonstrada e apoiada em elemento concreto que enseje a violação desses preceitos. Não havendo de ser aceita mera indicação de situações abstratas, tais como a repercussão negativa da conduta no âmbito da caserna, consubstanciada na possibilidade de estímulo de prática semelhante por outros militares em caso de o acusado responder ao processo em liberdade. Todo crime praticado no âmbito das organizações militares, via de regra, atenta contra os princípios da hierarquia e disciplina e nem por isso seus agentes estão sujeitos obrigatoriamente a responderem presos à ação penal. Trata-se de crime patrimonial cometido sem violência à pessoa e ocorrido na forma tentada, além de ausentes os requisitos previstos nas alíneas do art. 255 do CPPM, o que, por si só, garante ao Paciente o direito de responder ao processo criminal em liberdade. Vige no sistema brasileiro o princípio da não culpabilidade, do qual decorre a garantia da liberdade do cidadão que se encontre indiciado ou acusado em processo

[22] STF – HC: 107096 PR. Relator: Min. Ayres Britto. Julgamento em: 29-3-2011, Segunda Turma, Publicado no DJE-165 de 29-8-2011. Disponível em: <http://www;stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627768/habeas-corpus-hc-107096-pr-stf>. Acesso em: 19 nov. 2013.

> criminal, conforme se verifica no inciso LXVI do art. 5º da Constituição Federal. Ordem concedida. Decisão unânime[23]. (Grifo nosso)

4 ESPECIFICIDADES CONSTITUCIONAIS DO REGIME JURÍDICO DOS MILITARES DAS FORÇAS ARMADAS

A missão constitucional de defesa da soberania do país pelos membros das Forças Armadas torna os militares uma categoria especial de agentes públicos, uma vez que estes estão compromissados com a integridade da Pátria. Conforme dispõe o Estatuto dos Militares: "Art. 3° – Os membros das Forças Armadas, em razão de sua destinação constitucional, formam uma categoria especial de servidores da Pátria e são denominados militares". Destarte, ser militar significa pertencer a uma classe diferenciada, logo, com um regime jurídico diferenciado, em razão das especificidades da atividade militar[24].

As Forças Armadas são estruturadas nas vigas dos princípios constitucionais da hierarquia e disciplina, a fim de garantir sua própria existência e correta execução da sua finalidade: defesa da Pátria e manutenção do Estado democrático de direito. Em razão

[23] STF – HC: 501920127000000 AM 0000050-19.2012.7.00.0000. Relator: William de Oliveira Barros. Julgamento em: 12-4-2012, Publicado no DJE de 24-5-2012. Disponível em: <http://www;stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22206712/habeas--corpus-hc-501920127000000-am-0000050-1920127000000-stm>. Acesso em: 19 nov. 2013.

[24] Os militares eram considerados como espécie de servidores públicos, pois a própria Constituição lhes dava tal conceituação. Entretanto, com a Emenda Constitucional 18/98, os militares passaram a formar uma categoria a parte de agentes públicos, uma vez que deixou de existir a rubrica "dos servidores públicos militares" e essa categoria passou a ter diposições constitucionais próprias. Assim sendo, deixaram de ser conceituados como prestadores de serviço ao Estado, mantendo com este vínculo funcional, sob o regime estatutário. O que ocorre agora é que, em vez de serem de servidores civis e servidores militares, são separados em agentes públicos administrativos e agentes públicos militares.

disso, a Constituição Federal previu restrições de direitos e garantias individuais aos membros das Forças Armadas.

Da análise da Constituição pátria, resta claro a identificação do tratamento desigual destinado aos militares, em relação ao cidadão comum. A missão constitucional das Forças Armadas retira dos seus membros alguns direitos destinados, pela Constituição, aos demais cidadãos. Fica, então, a indagação: Tal tratamento desigual é de fato necessário para a permanência das instituições militares? Até que ponto o direito dos militares pode ser cerceado no que tange aos direitos fundamentais e ao princípio da dignidade da pessoa humana, em razão de suas atividades específicas? Conforme Canotilho (2010, p. 59 *apud* KINOSHITA 2010 p. 60)[25], "O que caracteriza uma relação especial de sujeição é o fato de que determinadas relações de vida são disciplinadas por um estatuto específico. Este estatuto, entretanto, deve estar dentro da esfera constitucional e deve estar a ela vinculado".

A Constituição apresenta o princípio da isonomia ou igualdade, um dos pilares de um estado democrático de direito, no seu artigo 5º, caput, *in verbis*:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

Esse princípio deve ser entendido como o tratamento igual a todos os indivíduos que se encontram na mesma situação fática, jurídica

[25] KINOSHITA, A. *Direitos Fundamentais e Juízo de Ponderação ante os princípios da hierarquia e disciplina*. 2010. Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília.

e social. Visa impedir distinções arbitrárias entre os indivíduos, em razão de preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, conforme art. 3º, IV da Constituição de 1988[26]. Entretanto, nem todas as pessoas têm ou estão na mesma condição uma das outras, existindo na sociedade indivíduos em diversas condições sociais, jurídicas e econômicas.

Como bem explica Moraes (2010, p. 36)[27]:

> A Constituição Federal de 1988 adotou o princípio da igualdade de direitos, prevendo a igualdade de aptidão, uma igualdade de possibilidades virtuais, ou seja, todos os cidadãos têm o direito de tratamento idêntico pela lei, em consonância com os critérios albergados pelo ordenamento jurídico. Dessa forma, o que se veda são as diferenciações arbitrárias, as discriminações absurdas, pois, o tratamento desigual dos casos desiguais, na medida em que se desigualam, é exigência do próprio conceito de Justiça, pois o que realmente protege são certas finalidades, somente se tendo por lesado o princípio constitucional quando o elemento discriminador não se encontra a serviço de uma finalidade acolhida pelo direito [...]. (Grifo nosso).

Dessa forma, o princípio constitucional da isonomia/igualdade não impede tratamentos diferenciados, somente os arbitrários e discriminatórios. Pois bem, constitucional é que os militares sejam regidos por disposições específicas, haja vista sua especial condição pela atividade que realizam. Encontram-se regidos pelos princípios da hierarquia e disciplina, também princípios constitucionais, mas que não se destinam ao cidadão comum. A manutenção das estruturas das instituições militares depende das vigas da hierarquia e disciplina e, estas, por sua vez, só podem ser implementadas na prática por certa

[26] *In verbis*: "IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação."
[27] MORAES, A. Direito Constitucional. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2010.

diferenciação do regime jurídico do militar, em relação ao cidadão comum. Assim é que os agentes públicos militares são restritos em determinadas liberdades e direitos, que em geral são justificáveis pela natureza de sua destinação constitucional.

Verificam-se, a seguir, as disposições constitucionais referentes aos membros das Forças Armadas, começando pelo bem jurídico mais valioso tutelado pela Constituição: o direito à vida. O art. 5º, que trata dos direitos e garantias fundamentais, dispõe no inciso XLVII: "não haverá penas: a) de morte, salvo em caso de guerra declarada, nos termos do art. 84, XIX; b) de caráter perpétuo; c) de trabalhos forçados; d) de banimento; e) cruéis". Tais penas de morte estão previstas no Código Penal Militar[28]. Sendo assim, as únicas penas de morte previstas no nosso ordenamento jurídico são as dispostas no CPM, com respaldo constitucional no art. 5°, inciso XLVII.

Em seguida, outro direito fundamental de suma importância a ser tutelado pelo ordenamento de um Estado democrático de direito é a liberdade. Encontra-se protegido no artigo 5°, inciso LXI, da Constituição de 1988, *in verbis*: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei".

No Estado Democrático de Direito, a liberdade é a regra, e a prisão, exceção. Nesses termos, a Constituição permite a prisão dos militares além das únicas duas hipóteses permitidas de cerceamento da liberdade individual, nos casos de transgressões disciplinares no meio militar e crimes propriamente militares, sendo estes, os que só pode

[28] BRASÍLIA. Decreto-Lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar. Coletânea de Legislação – coleção RT Mini Códigos. São Paulo: RT, 2012, p. 283.

ser cometido por militar. Isso, haja vista a necessidade de uma rápida reação ao desvio de conduta do militar subordinado, a fim de manter a hierarquia e a disciplina na caserna, bem como desestimular que outros militares venham a ter a mesma conduta inadequada. Assim, a Constituição permite, prontamente, que a autoridade militar efetive a prisão, mas exige que os direitos do preso sejam respeitados, sob pena de a prisão ser considerada ilegal, como ocorre nas prisões em flagrante. Pode-se observar aqui a tentativa de se equilibrar o direito fundamental da liberdade com os princípios da hierarquia e disciplina, pois os direitos do preso deverão ser obrigatoriamente respeitados pela autoridade militar que proceder a prisão. Assevera o juiz de direito Paulo Tadeu Rodrigues Rosa[29]:

> A prisão administrativa militar cautelar deve ser usada com moderação pelas autoridades militares. Não basta uma mera justificativa para que o militar seja encarcerado, sendo necessária a existência de indícios que indiquem autoria e materialidade. A prisão indevida do militar traz como consequência a obrigação do Estado de indenizar o administrado pelos danos morais e materiais que foram suportados em atendimento ao art. 37, § 6º, da CF, responsabilidade objetiva do Estado. (Grifo nosso).

Ainda na esteira da liberdade, importante trazer à tona, o que a Constituição dispõe acerca do instituto do *habeas corpus*, remédio constitucional que tutela a liberdade de locomoção[30]. Está expresso no art. 5º, LXVIII, *in verbis*: "conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em

[29] ROSA, P. T. R. Aplicação dos princípios constitucionais no direito militar. Belo Horizonte: 12 mar. 2012. Disponível em: <http:www.recantodasletras.com.br/textosjuridicos/35500189>. Acesso em: 21 nov. 2013.

[30] Alexandre de Moraes assevera que o *habeas corpus* "é meio idôneo para garantir todos os direitos do acusado e do sentenciado relacionados com sua liberdade de locomoção [...]". MORAES, A. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder"[31]. Entretanto, a própria constituição no artigo 142, § 2º dispõe que "não caberá habeas corpus em relação às punições disciplinares militares". Os militares estão sujeitos ao poder disciplinar, bem como às punições disciplinares, quando têm condutas contrárias ao que dispõe seus respectivos regulamentos disciplinares. As punições disciplinares são atos administrativos e a vedação da concessão do *habeas corpus* visa à proteção dos princípios da hierarquia e disciplina.

Em relação a esse aparente conflito de disposições constitucionais, o entendimento da jurisprudência é de que o judiciário não pode adentrar ao mérito do ato administrativo de ordenar uma punição disciplinar. A vedação constitucional ao *habeas corpus* seria para que o mérito administrativo não possa ser avaliado como justo ou injusto pelo judiciário. A apreciação é apenas em relação aos aspectos legais da punição. Não procedendo a análise do mérito do ato administrativo punitivo, mantendo-se assim as razões de decisão do ato da administração militar e sua hierarquia e disciplina. A jurisprudência se mostra pacífica no cabimento de *habeas corpus* em relação à punição disciplinar, entretanto apenas em relação à apreciação dos aspectos de legalidade e legitimidade do ato administrativo. Vejamos julgado da Suprema Corte Federal, nesse sentido:

> RECURSO EXTRAORDINÁRIO. MILITAR. PROCESSO ADMINISTRATIVO. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. LEGALIDADE. HABEAS CORPUS. CABIMENTO. PRECEDENTES. RECURSO AO QUAL SE NEGA SEGUIMENTO. Relatório1. Recurso

[31] Ilegalidade é quando um ato não está em conformidade com os ditames legais. Já com relação ao abusode poder, Hely Lopes Meirelles diz que "[...] o abuso de poder ocorre quando a autoridade, embora tenha competência para praticar o ato, ultrapassa os limites de suas atribuições ou se desvia das finalidades administrativas". MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo brasileiro*. 32 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

extraordinário interposto com base no art. 102, inc. III, alínea a, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HABEAS CORPUS. ORDEM CONCEDIDA. ILEGALIDADE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. No caso em tela, não foi respeitado o princípio da legalidade estrita quanto ao procedimento administrativo disciplinar. Reconhecida a ocorrência de vício insanável, que se traduziu em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Mantida a concessão da ordem no Habeas Corpus. Recurso em sentido estrito improvido. [...] No presente caso, não foi respeitado o princípio da legalidade estrita quanto ao procedimento administrativo disciplinar, visto que não foram inquiridas as testemunhas arroladas pelo militar para cada fato elencado nas suas Razões de Defesa; o militar não foi pessoalmente ouvido pela autoridade competente para a aplicação da punição disciplinar; o militar recolhido à prisão disciplinar antes de ser comunicado da decisão que não acolheu suas justificativas [...] Conclui-se pelo reconhecimento da ocorrência de vício insanável no processo disciplinar, que se traduziu em ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa, implicando na manutenção da decisão [...] que concedeu a ordem no Habeas Corpus. 5. No julgamento do Recurso em Habeas Corpus n. 88.543, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal decidiu que a legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de habeas corpus. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PUNIÇÃO IMPOSTA A MEMBRO DAS FORÇAS ARMADAS. CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE. HABEAS CORPUS CONTRA O ATO. JULGAMENTO PELA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA. MATÉRIA AFETA A À JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 109, VII, e 124, § 2º. I – À Justiça Militar da União compete, apenas, processar e julgar os crimes militares definidos em lei, não se incluindo em sua jurisdição as ações contra punições relativas a

> infrações (art.124, § 2º, da CF). II – A legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de habeas corpus. Precedentes. [...] O entendimento relativo ao PAR-20 do artigo 153 da Emenda Constitucional n. 1/69, segundo o qual o princípio, de que nas transgressões disciplinares não cabia "habeas corpus", não impedia que se examinasse, nele, a ocorrência dos quatro pressupostos de legalidade dessas transgressões (a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado a função e a pena susceptível de ser aplicada disciplinarmente), continua válido para o disposto no PAR. 2 do ARTIGO 142 da atual Constituição que é apenas mais restritivo QUANTO AO âmbito dessas transgressões disciplinares, pois a LIMITA ÀS DE natureza militar. "Habeas corpus" até que o relator daquele possa apreciá-la, para mantê-la ou não" (HC 70.648, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, DJ 4.3.1994 grifos nossos). Dessa orientação jurisprudencial não divergiu o acórdão recorrido. 6. No que concerne à alegada contrariedade ao artigo 5º, inc. LIV e LV, da Constituição, este Supremo Tribunal assentou que a alegação de contrariedade ao princípio da legalidade e a verificação, no caso concreto, da ocorrência, ou não, de ofensa ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito, à coisa julgada ou, ainda, aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da prestação jurisdicional, se dependentes de análise prévia da legislação infraconstitucional, configurariam apenas ofensa constitucional indireta. [...] 7. Nada há, recurso extraordinário (art. 557, caput, do Código de Processo Civil e art. 21, § 1º, do 2011. Ministra CÁRMEN LÚCIA Relatora. (Grifo nosso)[32].

Passando para a análise dos direitos políticos, a Constituição Federal, no seu capítulo IV, 14, § 2º, dispõe que: "Não podem alistar-se como eleitores os estrangeiros e, durante o período do serviço militar

[32] STF – RE: 635785 DF. Relator: Min. Cármen Lúcia. Julgamento em 23.3.2011, Publicado no DJE-061 de 31.3.2011. Disponível em: <http://www.stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/18572333/recurso-extraordinario-re-635785-df-stf>. Acesso em: 22 nov. 2013.

obrigatório, os conscritos"[33]. O termo "conscrito" se refere aos cidadãos brasileiros que, ao completarem dezoito anos, devem participar do processo de seleção para o Serviço Militar obrigatório. Observa-se, assim, mais uma diferenciação de tratamento constitucional destinado aos militares, na restrição dos direitos fundamentais, no que tange ao exercício da cidadania.

Adiante, também encontramos vedações aos militares de direitos sociais. O constitucionalista Alexandre de Moraes conceitua os direitos sociais como direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1º, IV, da Constituição Federal.

No artigo 142 da Constituição de 1988, que trata das Forças Armadas, está previsto no inciso IV, incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998, que "ao militar são proibidas a sindicalização e a greve". Ainda no mesmo artigo, o inciso V, incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998, dispõe que "o militar, enquanto em serviço ativo, não pode estar filiado a partidos políticos". O cerceamento desses direitos sociais, assim como as demais restrições, é justificado pela missão constitucional das Forças Armadas: defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e, subsidiariamente, da lei e da ordem. Também justificado pela manutenção dessas instituições militares, tutelando-se assim, a hierarquia e a disciplina, seus pilares estruturais. Dessa forma, tem-se que a sindicalização e a greve não são conciliáveis com as

[33] Res.-TSE nº 15.850/1989: a palavra "conscritos" alcança também aqueles matriculados nos órgãos de formação de reserva e os médicos, dentistas, farmacêuticos e veterinários que prestam serviço militar inicial obrigatório.

singularidades da profissão militar, vez que geraria comprometimento da defesa da pátria, bem como da ordem pública interna. Há, ainda, os que enquadram a greve dos militares como crime de motim, que está previsto no artigo 149 do Código Penal Militar[34].

A forma lícita encontrada para a aglutinação e defesa dos interesses desse grupo foi a criação de associações[35], para que fossem possíveis as discussões dos assuntos da classe. As associações se diferenciam dos sindicatos, pois não têm poder de representação e negociação, assim, não têm legitimidade negocial coletiva.

Por derradeiro, cabe também trazer à tona algumas restrições de direitos, dispostas infraconstitucionalmente, que vêm sendo questionadas e alteradas a fim de que o regime jurídico dos militares esteja em mais conformidade com os direitos e garantias previstos na CRFB/88.

No parágrafo 3º do Artigo 51 do Estatuto dos Militares, vislumbramos o seguinte texto: "O militar só poderá recorrer ao Judiciário após esgotados todos os recursos administrativos e deverá participar esta iniciativa, antecipadamente, à autoridade à qual estiver subordinado". Quando instituído o Estatuto dos Militares (Lei 6880/80), o

[34] *In verbis*: "Art. 149. Reunirem-se militares ou assemelhados: I – agindo contra a ordem recebida de superior, ou negando-se a cumpri-la; II – recusando obediência a superior, quando estejam agindo sem ordem ou praticando violência; III – assentindo em recusa conjunta de obediência, ou, em resistência ou violência, em comum, contra superior; IV – ocupando quartel, fortaleza, arsenal, fábrica ou estabelecimento militar, ou dependência de qualquer deles, hangar, aeródromo ou aeronave, navio ou viatura militar, ou utilizando-se de qualquer daqueles locais ou meios de transporte, para ação militar, ou prática de violência, em desobediência á ordem superior ou em detrimento da ordem ou da disciplina militar: Pena – reclusão, de quatro a oito anos, com aumento de um terço para os cabeças".

[35] Art. 5º, inciso XVIII, da CRFB/88, *in verbis*: "a criação de associações e, na forma da lei, a de cooperativas independem de autorização, sendo vedada a interferência estatal em seu funcionamento".

ordenamento jurídico estava sob a vigência da constituição de 1969, que não garantia o acesso à justiça antes de esgotada toda a esfera administrativa. Entretanto, com o advento da Constituição de 1988, esta trouxe consagrado no inciso XXXV, art. 5°, o princípio da inafastabilidade da jurisdição, que diz que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito".

Então, à luz da nossa Carta Magna vigente, o que o Estatuto dos Militares dispõe, acerca do militar só poder recorrer à justiça após percorrida a via administrativa, vai de encontro ao princípio constitucional da inafastabilidade do Poder Judiciário. Assim, o entendimento por parte da jurisprudência é de que tal disposição não foi recepcionada pelo novo ordenamento. Apesar de não ter havido ainda declaração de inconstitucionalidade, o acesso à jurisdição é garantido de forma ampla.

A Procuradoria-Geral da República (PGR) vem ajuizando ações de controle concentrado, fazendo objeções a normas legais direta ou indiretamente relacionadas aos militares. No ano de 2009, propôs a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF 181), tendo por objeto o artigo 51, parágrafo 3° do referido estatuto, sustentando que: "a exigência de esgotamento de instância administrativa é incompatível com o princípio constitucional da inafastabilidade do controle judicial, inscrito no artigo 5°, inciso XXXV da Lei Maior". Aduz ainda que a exigência de comunicação ao superior hierárquico, antes do ajuizamento da demanda, cria um condicionamento desarrazoado ao exercício do direito de ação, inibindo o militar de recorrer à Justiça. A ação continua em tramitação, sem julgamento até o presente momento.

Já no ano de 2013, ajuizou a ADPF 290 contra o parágrafo 2° do artigo 144 do Estatuto dos Militares, *in verbis:*

> Art. 144. O militar da ativa pode contrair matrimônio, desde que observada a legislação civil específica.
>
> [...]
>
> § 2º É vedado o casamento às praças especiais, com qualquer idade, enquanto estiverem sujeitas aos regulamentos dos órgãos de formação de oficiais, de graduados e de praças, cujos requisitos para admissão exijam a condição de solteiro, salvo em casos excepcionais, a critério do Ministro da respectiva Força Armada.

A PGR alega que tal vedação confronta o que a CRFB/88 dispõe sobre o princípio da igualdade, sobre a garantia de proteção do Estado à família e sobre a não sujeição do planejamento familiar à coerção por parte de instituições oficiais ou privadas. Por hora, também não há julgamento da ação. Em notícias do Supremo Tribunal Federal[36]:

> O estado civil não pode servir de fator de discrímen para o exercício de nenhuma atividade pública. Não há incompatibilidade entre a manutenção do núcleo familiar e a dedicação à profissão ou ao treinamento. A liberdade de escolha nas relações afetivas não pode ser arbitrariamente tolhida pelo Estado", salienta a PGR. Ainda segundo a Procuradoria, embora haja na carreira militar relação especial de sujeição, com base nos princípios da hierarquia e disciplina que regem a vida castrense, não há qualquer justificativa para restrição à liberdade de planejamento do núcleo familiar.

Ainda no ano de 2013, a PGR fez objeção ao artigo 235 do Código Penal Militar (CPM) na ADPF 291, alegando que o dispositivo

[36] STF. *PGR questiona regra que limita casamento de militares.* Brasília, 16 set. 2013. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=248363>. Acesso em: 21 jun. 2015.

violaria os princípios da isonomia, liberdade, dignidade da pessoa humana, pluralidade e direito à privacidade. Conforme o artigo, intitulado de "pederastia ou outro ato de libidinagem", é crime, com pena de detenção de seis meses a um ano, "praticar, ou permitir o militar que com ele se pratique ato libidinoso, homossexual ou não, em lugar sujeito a administração militar". Todavia, tal ação havia sido impetrada pela antecessora do atual Procurador-Geral da República (PGR) e este, que possui entendimento em sentido contrário, enviou parecer ao Supremo Tribunal Federal argumentando pela rejeição da referida ADPF. Sustenta, o PGR, no parecer que "ainda que o art. 235 do CPM tenha redação infeliz, com despicienda remissão à prática homossexual, seu conteúdo normativo em nada é por ela determinado. O que a norma proscreve são quaisquer atos libidinosos em instalações militares ou sob administração militar". Igualmente às demais ações, seu julgamento pelo plenário do STF também está pendente.

5 CONCLUSÃO

Foi abordado o regime jurídico constitucional diferenciado, no qual os militares, especificamente, das Forças Armadas, estão inseridos; o que a CRFB/88 dispôs como função militar dessas instituições; e os princípios constitucionais da hierarquia e disciplina, que são pilares da estrutura da organização militar.

Haja vista a nobre missão constitucional que lhes foi conferida, fundamentalmente, de defesa da pátria, os militares são regulados por disposições mais severas, imbuídas pelos princípios da hierarquia e disciplina, necessários para a manutenção da existência das Forças Armadas e para êxito das suas atividades particulares. Foi visto que, a Constituição de 1988, consolidando a ideia de Estado Democrático de Direito, tutelou fortemente os direitos fundamentais individuais e

coletivos, tendo como princípio e fundamento norteador a dignidade da pessoa humana. Aos militares não foram totalmente assegurados tais direitos, contraídos pelos princípios institucionais militares, hierarquia e disciplina, que determinam ao militar a dedicação e o sacrifício pessoal para que as atividades na caserna e a execução dos fins institucionais das Forças Armadas – o bem comum da nação – sejam bem cumpridas.

Todavia, necessário é o equilíbrio entre os princípios constitucionais. Certas disposições restritivas são adequadas, em razão do regime jurídico especial dos membros das Forças Armadas, todavia observou-se que vem sendo discutido se alguns dispositivos estão em consonância com os ditames da CRFB/88, pois o Direito Militar deve acompanhar a tendência de ampliação e proteção dos direitos fundamentais da Constituição Federal.

Por derradeiro, vale lembrar que este estudo não tem a pretensão de esgotar o assunto. Visto que pouco se conhece e estuda acerca das singularidades e justificativas do Direito Militar, objetiva apenas trazer à tona as peculiaridades da vida na caserna e porque elas são necessárias para a existência das instituições militares, bem como à fiel execução da função militar a que se destinam, o tratamento constitucional diferenciado destinado aos militares, especificamente, os membros das Forças Armadas, e apresentar uma tendência de leitura e estudo do Direito Militar à luz dos preceitos do Direito Constitucional.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*:. 27 ed. atual. e amp. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASÍLIA. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. Coletânea de Legislação – Coleção RT Mini Códigos. São Paulo: RT, 2012, p. 283.

BRASÍLIA. Lei nº 6.880, de 9 de dezembro de 1980. Código Penal Militar. Coletânea de Legislação – Coleção RT Mini Códigos. São Paulo: RT, 2012. P. 277.

CARVALHO, A. R. A tutela jurídica da hierarquia e da disciplina militar: aspectos relevantes. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 806, 17 set. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7301>. Acesso em: 14 nov. 2013.

CHIAVENATO, I. *Introdução à Teoria Geral da Administração.* 3. ed. rev. e atualizada. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

DA SILVA, J. A. *Curso de Direito Constitucional Positivo.* 18 ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

GOMES, J. S. R. *O poder de polícia das Forças Armadas:* atuação na faixa de fronteira contra delitos transfronteiriços e ambientais. (Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro). Rio de Janeiro, 2011.

KINOSHITA, A. *Direitos Fundamentais e Juízo de Ponderação ante os princípios da hierarquia e disciplina.* Dissertação (Mestrado em Direito Público) – Instituto Brasiliense de Direito Público. Brasília, 2010.

MEIRELLES, H. L. *Direito Administrativo Brasileiro*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

MORAES, A. *Direito Constitucional*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2010.
OLIVEIRA, F. M. *Sanção Disciplinar militar e controle jurisdicional.* Rio de Janeiro: Lúmen Iuris, 2005. p. 12.

ROSA, P. T. R. Justiça Militar e o Estado Democrático de Direito. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 813, 24 set. 2005. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/7326>. Acesso em: 17 nov. 2013.

ROSA, P. T. R. *Aplicação dos princípios constitucionais no direito militar.* Belo Horizonte, 12 mar. 2012. Disponível em: <http://www.recantodasletras.com.br /textosjuridicos/3550189>. Acesso em: 21 nov. 2013.

SILVA, J. A. Jurisdição Militar no Brasil. Bicentenário da Justiça Militar no Brasil. Brasília: *Coletânea de estudos jurídicos*, 2008. p. 85.

STF. *PGR questiona regra que limita casamento de militares.* Brasília, 16 set. 2013. Disponível em:<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=248363>. Acesso em: 21 jun. 2015.

VIDIGAL *apud* ELIA,Rui da Fonseca. *As Forças Armadas e a integridade do Estado democrático.* 12 dez. 2008. Disponível em: <http://mar.mil.br/diversos/Artigos_selecionados/ Documentos/AsFeaitegridadedoEstadodemocratico.pdf.>. Acesso em: 10 nov. 2013.

O Direito Internacional e a legitimidade do uso da força

Renaldo Silva Ramos de Araujo
Oficial do Exército Brasileiro
Especialista em Direito Militar/Universidade Castelo Branco

RESUMO: Esta análise tem como objetivo estudar a legitimidade do uso da força no cenário internacional de acordo com as normas de Direito Internacional, principalmente baseada na Carta das Nações Unidas. Este trabalho vai profundamente estudar o uso legítimo da força por Estados e por determinação do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Será também analisado o Direito Internacional Humanitário, durante os conflitos armados, em que uma das Partes envolvidas tenha legitimidade para agir usando a força, amparado pelo Direito Internacional.

PALAVRAS-CHAVES. Direito Internacional. Carta das Nações Unidas. Legitimidade do uso da força. Direito Internacional Humanitário.

ABSTRACT: This analysis aims to study the legitimacy of the use of force in the international scenery according to the International Law, mainly based in the Charter of the United Nations. This work will deeply study the legitimate of the use of force by States and under order of the United Nations Security Council. It will be also analysed

the International Humanitarian Law during armed conflicts where one part involved have legitimacy to act using force and being supported by the International Law.

KEYWORDS: International Law. Charter of the United Nations. Legitimacy of the use of force. International Humanitarian Law.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. O uso legítimo da força no cenário internacional à luz do Direito Internacional – 3. Intervenções militares determinadas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas – 4. O Direito Internacional Humanitário e o uso da força – 4.1 Um panorama geral do Direito Internacional Humanitário e o uso da força – 4.2 Diferenças entre o *ius in bello* e o *ius ad bellum* – 4.3 O uso legítimo da força e o Direito Internacional Humanitário – 4.4 O Direito Internacional Humanitário e as intervenções militares autorizadas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas – 5. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho científico pretende analisar as situações em que o uso da força militar no cenário internacional é considerado legítimo pela Carta das Nações Unidas. Nesse sentido, serão abordados aspectos de Direito Internacional referentes ao uso da força militar decorrente da iniciativa própria de Estados ou da Organização das Nações Unidas (ONU), por meio de mandatos do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Serão analisadas considerações referentes à aplicação do Direito Internacional Humanitário nessas situações legítimas de uso da força militar.

Esta pesquisa aborda um assunto recorrente na História da Humanidade, que são os conflitos armados. Mesmo com os esforços de diversos Estados e das Nações Unidas, principalmente após a II Guerra Mundial, os conflitos se proliferam por diversas partes do mundo com um saldo alarmante de mortes e de destruição.

Reforçando a atualidade e a relevância do tema, o Ministério das Relações Exteriores brasileiro aborda aspectos relevantes quanto à natureza e à dimensão das intervenções militares conduzidas pela ONU no cenário internacional[1]:

> A natureza dessas operações evoluiu significativamente nas últimas décadas, principalmente após os anos 1990, passando de forças de interposição e observação para operações mais complexas, dotadas de mandatos em áreas diversas. A importância adquirida pelas operações de paz pode ser demonstrada por números: em 1988, o orçamento da ONU para essas operações era de US$ 230 milhões e, no orçamento de 2013-2014, atingiu US$ 7,8 bilhões. Atualmente, existem 15 operações de manutenção da paz, que mobilizam mais de 117 mil pessoas – entre civis, militares e policiais.

2 O USO LEGÍTIMO DA FORÇA NO CENÁRIO INTERNACIONAL À LUZ DO DIREITO INTERNACIONAL

Conforme a Carta das Nações Unidas (parágrafo 4º do Art 2º), de 26 de junho de 1945, na qual o Brasil é signatário desde a sua proclamação, os Estados devem abster-se de ameaçar ou usar a força contra a integridade territorial ou a independência política de outro Estado.

---

[1] BRASIL. *Manutenção e consolidação da paz: Operações de paz das Nações Unidas.* Brasília: Ministério das Relações Exteriores. Disponível em:< http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option =com_content&view=article&id=4780:operacoes-de-paz-das-nacoes-unidas&catid=215&lang=pt-BR&Itemid=435 >. Acessado em: 29 Jul 2015.

Esse diploma legal internacional, desde o seu preâmbulo, exalta valores norteadores do Direito Internacional de busca pela paz, de igualdade entre os Estados, de preservação dos povos dos horrores da guerra, da convivência tolerante e respeitosa entre Estados e a solução pacífica das divergências. Dessa forma, os conflitos ou controvérsias que possam afetar a paz e a segurança internacional devem ser solucionados prioritariamente por meios pacíficos e alinhados com os princípios do Direito Internacional.

Conforme a Carta das Nações, meios pacíficos devem ser exaustivamente empregados com o objetivo de se evitar conflitos armados (Art. 33). Caso esses meios não afastem a ameaça de ruptura da paz, medidas enérgicas poderão ser empregadas como interrupção das relações econômicas, bloqueio de eixos de transporte e de comunicação e ainda o rompimento diplomático (Art. 41). Tudo isso para se evitar que a controvérsia se deteriore para um conflito armado porque o emprego de força deve ser evitado a todo custo, em respeito ao princípio da solução pacífica dos conflitos.

No entanto, o Art. 51 desse diploma legal internacional, confere legitimidade, de forma excepcionalíssima, ao uso da força por um Estado em caso de legítima defesa individual ou coletiva diante de um ataque armado contra a soberania (guerra em resposta à agressão armada estrangeira) ou conforme decisão adotada pelo Conselho de Segurança da ONU para empregar as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacional.

Conforme os ensinamentos de BOUVIER[2], apesar de o Art. 1º da Carta das Nações Unidas reconhecer o Direito de autodeterminação dos povos, somente foi expressamente legitimado o uso da força para garanti-lo (guerras ou lutas de libertação nacional) com a aprovação da Resolução nº 2105 da XX Assembleia Geral das Nações Unidas, em 20 de dezembro de 1965[3]. São exemplo de guerras de libertação nacional os processos não pacíficos de independência colonial ou descolonização de antigas colônias europeias, como ocorreu em Angola e Moçambique.

PALMA[4], ao explanar sobre o desuso da expressão "direito da guerra", após a 2ª Guerra Mundial, aprofunda o assunto nos seguintes termos[5]:

> Com a assinatura da Carta de São Francisco, tratado internacional que criou a Organização das Nações Unidas (ONU), em 1945, a guerra passou a ser proibida enquanto escolha política de conduta internacional. Segundo reza o art. 2º., inciso 4 da Carta das Nações Unidas, "Todos os Membros deverão evitar, em suas relações internacionais, a ameaça ou o uso da força contra a integridade incompatível com os propósitos

[2] BOUVIER, A. A. *Direito Internacional Humanitário e Direito dos Conflitos Armados*. Nova Iorque: Instituto para Treinamento em Operações de Paz, 2011, p. 15. Disponível em: http://cdn.peaceopstraining.org/course_promos/international_humanitarian_law/international_humanitarian_law_portuguese.pdf>. Acesso em: 20 julho 2015.

[3] BOUVIER, A. A. *Direito Internacional Humanitário e Direito dos Conflitos Armados*. Nova Iorque: Instituto para Treinamento em Operações de Paz, 2011, p. 15. Disponível em: http://cdn.peaceopstraining.org/course_promos/international_humanitarian_law/international_humanitarian_law_portuguese.pdf>. Acesso em: 20 julho 2015.

[4] PALMA, N. N. *Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional*. Curso de Pós Graduação em Direito Militar. Rio de Janeiro: Fundação Trompowski, 2009, p. 12-13.

[5] PALMA, N. N. *Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional*. Curso de Pós Graduação em Direito Militar. Rio de Janeiro: Fundação Trompowski, 2009, p. 12-13.

> das Nações Unidas". Ressalvaram-se as hipóteses de legítima defesa, o direito à autodeterminação dos povos (guerras de liberação nacional) e as intervenções militares autorizadas pelo Conselho de Segurança da ONU.
> A partir de então, passando a guerra definitivamente para a ilegalidade no campo internacional, a expressão "direito da guerra" parecia sugerir a permanência de uma conduta proibida. (Grifo nosso).

Dessa forma, verifica-se que o Direito Internacional somente admite que um Estado faça uso da força contra outro Estado, de forma legítima, em três situações:

a) direito de legítima defesa individual ou coletiva;
b) intervenções militares autorizadas pelo Conselho de Segurança da ONU;
c) no exercício do Direito de autodeterminação dos povos, por meio das guerras ou lutas de libertação nacional.

3 INTERVENÇÕES MILITARES DETERMINADAS PELO CONSELHO DE SEGURANÇA DAS NAÇÕES UNIDAS

A Carta das Nações Unidas instituiu o Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) como sendo o órgão internacional com primazia sobre a condução dos assuntos relativos à paz e à segurança internacional. O CSNU é composto por quinze membros, dos quais cinco são permanentes (Estados Unidos, Rússia, China, França e Reino Unido), que possuem poder de vetar individualmente qualquer decisão da maioria do colegiado. Os outros dez membros são rotativos, com mandato de dois anos, e são eleitos dentre os Países membros da ONU pela Assembleia Geral da Nações Unidas. O Brasil e o Japão se

destacam como sendo os países que mais possuíram assento rotativo no CSNU, num total de dez mandatos bienais.

A ONU conduz diversas atividades com a finalidade de cumprir suas atribuições previstas na Carta das Nações Unidas de manter a paz e a segurança internacional. FONTOURA[6], empregando os ensinamentos de Boutros-Ghali (ex-Secretário Geral da ONU), descreve que a ONU realiza as seguintes atividades operacionais para cumprir esse relevante papel no cenário internacional: diplomacia preventiva, promoção da paz, manutenção da paz, consolidação da paz e imposição da paz.

O Ministério da Defesa[7] define de forma objetiva todas essas atividades operacionais da ONU, nos seguintes termos:

> **1.3.2. Diplomacia preventiva**: compreende as atividades destinadas a prevenir o surgimento de disputas entre as partes, a evitar que as disputas existentes degenerem em conflitos armados. Contempla as diferentes modalidades de atuação mencionadas no capítulo VI da Carta das Nações Unidas (solução pacífica de controvérsias) e outras que venham a ser acordadas entre os interessados.
> **1.3.3. Promoção da paz**: designa as ações diplomáticas posteriores ao início do conflito, para levar as partes litigantes a suspender as hostilidades e a negociarem. As ações de promoção da paz baseiam-se nos meios de solução pacífica de controvérsias previstos no capítulo VI da Carta das Nações Unidas, os quais podem incluir, em casos extremos, o isolamento diplomático e a imposição de sanções, adentrando então nas ações coercitivas previstas no capítulo VII da referida Carta.
> **1.3.4. Manutenção da paz**: trata das atividades levadas a cabo no terreno, com o consentimento das

[6] FONTOURA, P. R. C. T. *O Brasil e as Operações de Manutenção da Paz das Nações Unidas*. Brasília: FUNAG, 1999, p. 33.
[7] BRASIL. *Manual de Operações de Paz*. Brasília: Ministério da Defesa, 2013, p. 14-15.

> partes em conflito, por militares, policiais e civis, para implementar ou monitorar a execução de arranjos relativos ao controle de conflitos (cessar-fogo, separação de forças etc.) e sua solução (acordos de paz abrangentes ou parciais), em complemento aos esforços políticos realizados para encontrar uma solução pacífica e duradoura para o conflito. A partir dos anos 1990, essas operações passaram a ser utilizadas, mormente, em disputas de natureza interna, caracterizadas, muitas vezes, por uma proliferação de atores ou pela falta de autoridade no local.
>
> **1.3.5. Imposição da paz**: corresponde às ações adotadas ao abrigo do capítulo VII da Carta, incluindo o uso de força armada para manter ou restaurar a paz e a segurança internacionais em situações nas quais tenha sido identificada e reconhecida a existência de uma ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão. Nesses casos, tem sido delegada às coalizões de países ou às organizações regionais e sub-regionais a execução, mas não a condução política, do Mandato de intervenção.
>
> **1.3.6. Consolidação da paz**: refere-se às iniciativas voltadas para o tratamento dos efeitos do conflito, visando a fortalecer o processo de reconciliação por meio de implementação de projetos destinados a recompor as estruturas institucionais, a recuperar a infraestrutura física e a ajudar na retomada da atividade econômica. Essas ações, voltadas basicamente para o desenvolvimento econômico e social do país anfitrião, são empreendidas, preferencialmente, por outros órgãos das Nações Unidas, mas, dependendo das condições no terreno, podem requerer a atuação militar. (Grifos do original).

Embasado nos Capítulos VI e VII da Carta das Nações Unidas, o CSNU toma decisões sobre quais dessas atividades acima descritas serão adotadas contra Estados que agiram ou ameaçam agir em discordância das normas protetivas da paz e da segurança internacional[8].

[8] BRASIL. *O Brasil e o Conselho de Segurança da ONU.* Brasília: Ministério das Relações Exteriores.Disponívelem:http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=137&catid=217&Itemid=435&lang=pt-BR>. Acesso em 21 julho 2015.

O Capítulo VI trata da "Solução Pacífica de Controvérsias", na qual estabelece que o CSNU possui atribuição de apreciar controvérsias entre Partes que possam se tornar ameaças à paz e à segurança internacional. Diante dessas controvérsias, o Conselho de Segurança possui mandato expresso para: determinar aos litigantes que cessem as divergências por meios pacíficos, recomendar métodos adequados de procedimentos ou de ajustamentos e, além disso, recomendar as condições para a cessação da disputa.

O Capítulo VI também estabelece que as Partes envolvidas numa controvérsia deverão primeiramente, por iniciativa própria ou a convite do CSNU, chegar a uma solução pacífica por meio de negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha. O CSNU ainda possui as seguintes prerrogativas para evitar que a controvérsia se deteriore para uma situação de ameaça à manutenção da paz ou à segurança internacional: instaurar investigação, recomendar procedimentos ou métodos de solução apropriados. As atividades de diplomacia preventiva, promoção da paz, manutenção da paz e consolidação da paz são afetas ao Capítulo VI da Carta das Nações Unidas.

Dessa forma, verifica-se que as Operações de Manutenção da Paz são baseadas no Capítulo VI e se caracterizam como sendo um meio de resolução de conflitos entre Estados ou dentro de um Estado, de forma consentida, com intervenção de atores internacionais não envolvidos e imparciais, e que a força somente ocorre em caso de legítima defesa.

A ONU já realizou, e ainda realiza, diversas missões de paz com as características descritas no Capítulo VI, inclusive com a participação

marcante de tropas brasileiras, tais como: UNAVEM I (1989-1991) e UNAVEM II (1991-1995) e UNAVEM III (1995-1997), todas em Angola; ONUMUZ (1993-1994), em Moçambique; UNPROFOR (1992-1995), na ex-Iugoslávia; MINUSTAH (iniciada em 2004), no Haiti, entre outras.

Por outro lado, o Capítulo VII da Carta das Nações Unidas delimita a atuação do CSNU em caso de ocorrência de "Ação relativa a ameaças à paz, ruptura da paz e atos de agressão". Nessas situações, o CSNU, além das medidas previstas no capítulo VI, poderá ainda determinar a realização de operações militares, mesmo sem consentimento das partes para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacional. Essas operações militares poderão ocorrer por meio do emprego de forças aéreas, navais ou terrestres pertencentes às Forças Armadas dos Membros das Nações Unidas.

A atual Missão de Paz da ONU, na República Democrática do Congo (MONUSCO), é um exemplo de operação de paz baseada no Capítulo VII da Carta das Nações Unidas. Apesar de não possuir tropas brasileiras, como ocorre no Haiti, essa missão é comandada pelo General Brasileiro Santos Cruz e possui autorização para o uso da força visando conter o caos humanitário da população.

4 O DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO E O USO DA FORÇA

4.1 Um panorama geral do Direito Internacional Humanitário e o uso da força

Direito Internacional Humanitário (DIH) é parte integrante do Direito Internacional Público, no entanto, notabiliza-se por albergar as normas jurídicas a serem aplicadas durante os conflitos armados. A ocorrência de um conflito armado tem por consequência indesejável a ruptura de várias normas jurídicas nacionais e internacionais que protegem a sociedade no seu cotidiano. E, nessa ruptura de várias normas protetivas, o DIH tem por mister minimizar os efeitos nefastos que os conflitos armados ocasionam, limitando os meios de combate, protegendo as populações civis não envolvidas ou os combatentes que por qualquer razão não se encontram mais em situação de combate, quer seja por estarem feridos, quer seja por estarem aprisionados pelo oponente.

O DIH procura estabelecer regras mínimas para que o conflito armado não se torne uma carnificina ou uma barbárie sem limites. Nesse sentido, conforme ensinamentos SASSOLI e BOUVIER[9], verifica-se que o DIH tem por ambição "limitar a violência aos níveis estritamente necessários para que se atinja o objetivo da batalha, que não deve ser outro além do enfraquecimento do potencial militar inimigo".[10]

[9] SASSOLI, M. e BOUVIER, A.A., *Un droit dans la guerre?*, Genève, CICR, 2003, V. I e II, p. 83. *Apud* PALMA, N. N. *Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional*. Curso de Pós-Graduação em Direito Militar. Rio de Janeiro: Fundação Trompowski, 2009, p. 10.

[10] SASSOLI, M. e BOUVIER, A.A., *Un droit dans la guerre?*, Genève, CICR, 2003, V. I e II, p. 83. *Apud* PALMA, N. N. *Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional*. Curso de Pós-Graduação em Direito Militar. Rio de Janeiro: Fundação Trompowski, 2009, p. 10.

Realizadas essas considerações, faz-se necessário mencionar a definição de DIH apresentada por SWINARSKI, que é consagrada por diversos doutrinadores.[11]

> O direito internacional humanitário é o conjunto de normas internacionais, de origem convencional ou consuetudinária, especificamente destinado a ser aplicado nos conflitos armados, internacionais ou não-internacionais. E que limita, por razões humanitárias, o direito das Partes em conflito de escolher livremente os métodos e os meios utilizados na guerra, ou que protege as pessoas e os bens afetados, ou que possam ser afetados pelo conflito.

Nesse momento do estudo, faz-se necessário analisar a diferença do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) e o Direito Internacional Humanitário (DIH). O magistério de PALMA descreve esse assunto nos seguintes termos[12]:

> O Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH) também é ramo do direito internacional público e tem como objetivo garantir o exercício pleno da dignidade humana, diferentemente do DIH, que objetiva garantir o mínimo de humanidade em situações limites. Enquanto o DIH foi especialmente concebido para o tempo de guerra, o DIDH foi imaginado para o tempo de paz, não obstante tenha aplicação em qualquer tempo e lugar, o que inclui as épocas de tensões internas (estado de sítio, por exemplo) e os tempos de guerra. Nestas hipóteses excepcionais, diferentemente do DIH,

[11] SWINARSKI, C. *Introdução ao direito internacional humanitário*. Brasília: CICR, 1996. Disponível em: <https://www.egn.mar.mil.br/arquivos/cursos/csup/dirhumanitario.pdf>. Acesso em: 22 julho 2015.

[12] PALMA, N. N. *Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional*. Curso de Pós-Graduação em Direito Militar. Rio de Janeiro: Fundação Trompowski, 2009, p. 23.

> o DIDH sofre derrogações, restando apenas a garantia de determinados direitos fundamentais considerados como essenciais pelos próprios tratados de direitos humanos.

Por outro lado, o DIH é aplicado integralmente nas situações de conflito armado com o objetivo de se manter um mínimo de humanidade.

4.2 Diferença entre *ius in bello* e o *ius ad bellum*

Foi apresentado anteriormente que o Direito Internacional, por meio da Carta das Nações, limitou o uso da força somente nas seguintes situações excepcionais: direito de legítima defesa individual ou coletiva de um Estado, em caso de agressão; intervenções militares autorizadas pelo CSNU; exercício do direito de autodeterminação dos povos, por meio das guerras ou lutas de libertação nacional.

Diante das restrições impostas pelas normas de Direito Internacional quanto ao uso da força de forma legítima pelos Estados, faz-se necessário apresentar a diferenciação do *ius in bello* e do *ius ad bellum,* conforme os ensinamentos apresentados por PALMA[13].

Conforme PALMA[14], o *ius ad bellum* (direito de ir à guerra ou de fazer guerra) se diferencia por ser um juízo sobre a licitude do uso da força singularmente por um Estado que, após a Segunda Guerra Mundial, por meio da Carta das Nações Unidas, passou para ilegalidade do Direito Internacional. Exceto nas situações expostas anteriormente, o

[13] PALMA, N. N. *Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional*. Curso de Pós-Graduação em Direito Militar. Rio de Janeiro: Fundação Trompowski, 2009, p. 33-34.

[14] PALMA, N. N. *Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional*. Curso de Pós-Graduação em Direito Militar. Rio de Janeiro: Fundação Trompowski, 2009, p. 33.

uso da força passou a ser competência da ONU por ter a atribuição de manter a paz mundial.

O magistério de PALMA[15] discorre ainda que o *ius in bello* (direito na guerra ou durante a guerra) é caracterizado pelas normas do Direito Internacional Humanitário (DIH) que são aplicadas durante os conflitos armados, objetivando "restringir meios e métodos de combate e proteger quem não participa ou não participa mais dos combates". Destaca-se o fato de que o DIH não faz julgamento sobre "quem tem a boa causa no conflito, quem tem as razões mais justas" e deve ser prontamente respeitado por todos os contendores, sem qualquer discriminação, para se restringir a brutalidade desnecessária das operações bélicas.

PALMA[16] arremata o tema destacando que essa independência do *ius in bello* e do *ius ad bellum* é um princípio norteador do DIH:[17]

> Se o *ius in bello* fosse subordinado ao *ius ad bellum,* as partes beligerantes, entendendo cada uma que sua causa era mais justa, não teriam estímulo para respeitar as normas restritivas e protetivas do DIH com relação ao inimigo injusto, o que certamente levaria o conflito a se brutalizar cada vez mais. Esta circunstância atinge diretamente a reciprocidade, que é forte mecanismo de respeito ao *ius in bello*. Ademais, seria absurdo exigir que as vítimas dos campos de batalha ficassem

[15] PALMA, N. N. *Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional*. Curso de Pós-Graduação em Direito Militar. Rio de Janeiro: Fundação Trompowski, 2009, p. 33.
[16] PALMA, N. N. *Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional*. Curso de Pós-Graduação em Direito Militar. Rio de Janeiro: Fundação Trompowski, 2009, p. 34.
[17] PALMA, N. N. *Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional*. Curso de Pós-Graduação em Direito Militar. Rio de Janeiro: Fundação Trompowski, 2009, p. 33-34.

> esperando, desprotegidas, a apreciação de qual seria a parte beligerante com causas mais justas em determinado conflito armado.

Aurélio Romanini de Abranches Viottia[18] descreve que a distinção entre *ius in bello* e o *ius ad bellum* deve ser entendida como sendo "o princípio da igualdade dos beligerantes perante o DIH". Dessa forma, quaisquer dos beligerantes, independente da legitimidade das causas motivadoras de suas ações, devem pautar-se pelo respeito às normas de DIH. Nesse contexto, até mesmo aquela Parte que aja em legítima defesa decorrente de uma agressão injusta a sua soberania deve respeitar as normas humanitárias nas suas ações contra a outra Parte agressora.

4.3 O uso legítimo da força e o Direito Internacional Humanitário

Conforme o Art. 2º, comum às Quatro Convenções de Genebra, os conflitos armados internacionais são aqueles que envolvem dois ou mais Estados, mesmo que não haja reconhecimento formal do estado de guerra; e os casos em que haja ocupação de um território por outro Estado, mesmo que essa ocupação seja sem resistência.

O Art 1º do Protocolo Adicional I às Quatro Convenções de Genebra (PA I) inclui as lutas ou guerras decorrentes do direito de autodeterminação dos povos na categoria de conflitos armados internacionais, nos seguintes termos:

---

[18] VIOTTIA, A. R. A. *Ações Humanitárias pelo Conselho de Segurança: entre A Cruz Vermelha e Clausewitz*. Dissertação de Mestrado. Brasília: Instituto Rio Branco - Fundação Alexandre de Gusmão, 2005, p. 125. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/316-Acoes_humanitarias_pelo_Conselho_de_Seguranca.pdf>. Acesso em: 20 julho 2015.

> **Artigo 1.º**
> **Princípios gerais e âmbitos de aplicação**
> [...]
> 3 - O presente Protocolo, que completa as Convenções de Genebra de 12 de Agosto de 1949 para a proteção das vítimas de guerra, aplica-se nas situações previstas pelo artigo 2.· comum a estas Convenções.
> 4 - Nas situações mencionadas no número precedente estão incluídos os conflitos armados em que os povos lutam contra a dominação colonial e a ocupação estrangeira e contra os regimes racistas no exercício do direito dos povos à autodeterminação, consagrado na Carta das Nações Unidas e na Declaração Relativa aos Princípios do Direito Internacional Respeitante às Relações Amigáveis e à Cooperação entre os Estados nos termos da Carta das Nações Unidas. (Grifos nossos).

Contextualizando a explanação acima com o Art. 51 da Carta das Nações Unidas e com a Resolução nº 2105 da XX Assembleia Geral das Nações Unidas, de 20 de dezembro de 1965, conclui-se que a resposta bélica por um Estado decorrente do exercício da legítima defesa individual ou coletiva e a luta de um povo no exercício do direito de autodeterminação constituem uso legítimo da força, num cenário de um conflito armado internacional.

Nesses conflitos armados mencionados acima, o DIH deverá ser respeitado por todas as Partes envolvidas, inclusive por aquele Estado que de forma ilegítima atenta contra a soberania de outro Estado. O DIH também será respeitado por aquele Estado que enfrenta uma luta movida por um povo contra a dominação colonial (direito de autodeterminação) ou contra um regime racista.

Cabe destacar que as lutas decorrentes do exercício do direito de autodeterminação dos povos se diferencia dos conflitos armados não internacionais (CANI). O Art. 1º do Protocolo Adicional II às Quatro

Convenções de Genebra (PA II) define como sendo CANI aqueles que se desenvolvem dentro do território de um determinado Estado e que seja travado entre as Forças Armadas contra Força Armada dissidente ou contra grupos armados organizados que estejam sob uma chefia de um comando responsável. Esses grupos dissidentes devem exercer o controle sobre parte do Território, de forma a permitir a condução de operações militares.

Nesse sentido, LAWAND apresenta a seguinte definição sobre CANI[19]:

> Um conflito armado não internacional (ou interno) refere-se a uma situação de violência que envolve confrontos prolongados entre forças governamentais e um ou mais grupos armados organizados, ou esses grupos entre si, surgidos no território de um Estado.

A pesquisadora prossegue discorrendo sobre o tema, contextualizando com exemplos recentes de CANI:

> Deve-se distinguir um conflito armado não internacional das formas menores de violência coletiva como distúrbios civis, motins, atos isolados de terrorismo e outros atos esporádicos de violência
> Dentre os exemplos recentes de conflitos armados não internacionais, encontram-se as hostilidades deflagradas no norte de Mali, no início de 2012, entre grupos armados e as forças armadas malineses, e as que ocorrem na Síria entre grupos armados e as forças governamentais sírias.

O DIH deve ser respeitado tanto nos conflitos decorrentes do exercício do direito de autodeterminação dos povos como nos CANI.

[19] LAWAND, K. Entrevista: *O que é um conflito armado não internacional?* Genebra: CICV, 10 Dez. 2012. Disponível em: <https://www.icrc.org/por/resources/documents/interview/2012/12-10-niac-non-international-armed-conflict.htm> Acessado em: 29 Jul. 2015.

No entanto, essa última categoria de conflitos armados não será estudada com maior profundidade no presente trabalho porque não se enquadra no exercício da força de forma legítima, conforme a Carta das Nações Unidas. Ressalta-se o fato de que a existência de um CANI pode-se configurar numa ameaça à paz e à segurança internacional e ensejar uma intervenção do Conselho de Segurança da ONU, por meio de uma Operação de Paz, para conter o conflito. Tal fato ocorre na República Democrática do Congo, em que o CSNU conferiu um mandato de intervenção para constituir a Missão da ONU na República Democrática do Congo (MONUSCO).

4.4 O Direito Internacional Humanitário e as intervenções militares autorizadas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas

Para discorrer sobre a aplicação do DIH nas Operações de Paz, faz-se necessário primeiramente diferenciar se a missão é de imposição da paz ou de manutenção da paz.

As operações de imposição da paz são respaldadas pelo Capítulo VII, havendo autorização para a realização de intervenções militares não consentidas com o emprego de forças aéreas, terrestres ou navais. A operação de paz da MONUSCO comandada pelo General brasileiro Santos Cruz é um exemplo de missão de imposição da paz do CSNU na República Democrática do Congo.

Por outro lado, as missões de manutenção da paz são lastreadas pelo Capítulo VI, em que o recurso da força somente é permitido pelo mandato do CSNU em caso de legítima defesa. Cabe destacar que os mandatos autorizadores das Operações de Paz geralmente não fazem menções expressas se estão baseados no Capítulo VI ou VII.

No entanto, cada mandato específico de operação de paz estabelecerá quais os princípios norteadores da missão e quais as atividades que estão autorizadas a serem realizadas, tomando por base um dos capítulos ou até mesmo os dois.

Realizada essa diferenciação, analisaremos o Boletim do Secretário Geral da ONU ST/SGB/1999/13, de 12 de agosto de 1999, emitido pelo Sr. KOFI A. ANNAN, (Secretário Geral da ONU de janeiro de 1997 a dezembro de 2007) que trata sobre a aplicação do DIH pelas tropas que cumprem mandatos do CSNU, na qual se destaca o seguinte trecho:

> **Observância do Direito Internacional Humanitário pelas Forças das Nações Unidas**
> O Secretário Geral com o objetivo de estabelecer princípios e normas fundamentais do Direito Internacional Humanitário aplicáveis às Forças das Nações Unidas que realizam operações debaixo da autoridade e controle das Nações Unidas, promulga o seguinte:
> Seção 1
> Âmbito de aplicação
> 1.1 Os princípios e normas fundamentais do Direito Internacional Humanitário estabelecidos neste presente boletim serão aplicáveis pelas Forças das Nações Unidas quando participarem ativamente nestas como combatentes em situações de conflitos armados, na medida de sua participação e enquanto durar essa situação. Serão também aplicáveis em ações coercitivas ou em operações de manutenção da paz quando está permitido o uso da força em caso de legítima defesa.
> 1.2 A promulgação do presente boletim não afeta o estatuto de proteção de que gozam os membros das operações de manutenção da paz em virtude das Convenção sobre a Segurança do Pessoal da Nações Unidas e pessoal associado, de 1944, o seu estatuto de não combatente, sempre que tenham direito a proteção outorgada aos civis de acordo com o Direito Internacional dos Conflitos Armados. (Tradução nossa).[20] (Grifos do original).

[20] **Observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas**
El Secretario General, con el objeto de establecer humanitario por las que debe regirse el personal militar, y no principios y normas fundamentales del derecho

Verifica-se que o ST/SGB/1999/13 sedimentou a obrigatoriedade de que os princípios e as demais normas do DIH são aplicáveis às Forças que executam operações de paz sob mandato do CSNU. No entanto, o Item 1.1 do Boletim faz uma distinção entre duas situações de aplicação do DIH[21]:

> a) Nas operações de imposição da paz (Capítulo VII): "serão aplicáveis pelas Forças das Nações Unidas quando participarem ativamente nestas como combatentes em situações de conflito armado, na medida de sua participação e enquanto durar essa situação"[22].

---

internacional menoscaban su aplicación, ni sustituyen a la legislación humanitario aplicables a las fuerzas de las Naciones Unidas nacional a la que está sujeto el personal militar durante la que realizan operaciones bajo el mando y control de las operación. Naciones Unidas, promulga lo siguiente:

Sección 1

Ámbito de aplicación

1.1 Los principios y normas fundamentales del derecho internacional humanitario establecidos en el presente boletín serán aplicables a las fuerzas de las Naciones Unidas cuando participen activamente en éstas como combatientes em situaciones de conflicto armado, en la medida de su participación y mientras dure ésta. Serán también aplicables em acciones coercitivas o en operaciones de mantenimiento de la paz cuando esté permitido el uso de la fuerza en legítima defensa.

1.2 La promulgación del presente boletín no afecta al estatuto de protección de que gozan los membros de las operaciones de mantenimiento de la paz en virtud de la Convención sobre la Seguridad del Personal de las Naciones Unidas y el personal asociado, de 1994, o a su estatuto de no combatientes, siempre que tengan derecho a la protección otorgada a los civiles con arreglo al derecho internacional de los conflictos armados.

[21] O Boletim do Secretário Geral da ONU ST/SGB/1999/13 foi redigido nos idiomas oficiais da ONU (Inglês, Francês, Espanhol, Chinês, Russos e Árabe). Este trabalho utilizou como fonte primária a versão redigida em Espanhol disponível em: < http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=ST/SGB/1999/13>. Acesso em julho 2015.

[22] [...] serán aplicables a las fuerzas de las Naciones Unidas cuando participen activamente en éstas como combatientes em situaciones de conflicto armado, en la medida de su participación y mientras dure ésta. [...].

b) Nas Operações de Manutenção da Paz (Capítulo VII): "serão também aplicáveis em ações coercitivas ou em operações de manutenção da paz quando está permitido o uso da força em caso de legítima defesa"[23].

Então, nas operações de imposição da paz, como a atual MONUSCO, as operações militares de combate conduzidas pelas tropas da ONU terão que respeitar o DIH. No entanto, o ST/SGB/1999/13 faz a ressalva de que o DIH será aplicado somente quando "os capacetes azuis" atuarem "como combatentes em situações de conflitos armados, na medida de sua participação e enquanto durar essa situação". Dessa forma, conclui-se que as tropas da ONU que executam missões de imposição da paz somente poderão atuar em consonância ao DIH ao executarem operações militares de combate.

E quando uma tropa da ONU que cumpre um mandato de imposição da paz não estará atuando em consonância ao DIH? Essa pergunta parece contraditória ou incoerente, porém não é. Raciocinemos com a seguinte situação hipotética:

Após um desastre natural numa determinada região da República Democrática do Congo, uma tropa que faz parte da força de intervenção da MONUSCO realiza uma missão humanitária de distribuição de alimentos a uma população faminta. E durante essa missão humanitária, a população faminta causa tumulto e tenta saquear o depósito de alimentos da ONU guardado por aquela tropa. Esta vai cumprir a missão de proteger o depósito e de coordenar a distribuição de alimentos realizando medidas coercitivas estritamente necessárias

[23] [...] Serán también aplicables em acciones coercitivas o en operaciones de mantenimiento de la paz cuando esté permitido el uso de la fuerza en legítima defensa. [...].

e proporcionais baseadas no mandato do CSNU e na integralidade do Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH). Cabe ressaltar que nessa condição, a tropa da ONU não está em situação de combate e que a estrita obediência às regras do DIDH que serão mais restritivas quando comparadas ao DIH.

Porém, a solução seria outra se nessa mesma situação descrita acima, durante a distribuição de alimentos, houvesse um ataque armado por parte de uma das forças envolvidas no conflito contra a população civil faminta ou contra a tropa da ONU presente. Nesse caso, a reação da tropa contra o ataque será regulada pelo DIH, porque a tropa está em situação de combate e de legítima defesa. O DIH é menos restritivo quanto ao uso da força quando comparado ao DIDH.

Por outro lado, as tropas que cumprem operações de manutenção da paz da ONU (Capítulo VI) atuarão reguladas ao mandato do CSNU que instituiu a missão e pelo DIDH. No entanto, elas atuarão respaldadas pelo DIH, excepcionalmente, em caso de legítima defesa.

Por fim, é importante salientar que o DIDH deve ser integralmente respeitado pelas tropas da ONU. No entanto, em situações excepcionais, quer seja nas operações de combate de uma missão de imposição da paz, quer seja em caso de legítima defesa de uma operação de manutenção da paz, é permitido que as tropas da ONU atuem com maior grau de força para se evitar um mal maior e com isso deverão respeitar o DIH e a parcela inderrogável do DIDH.

Reforçando essa argumentação, apresentamos uma entrevista elucidativa do General brasileiro Santos Cruz, que comanda a MONUSCO, na República Democrática do Congo[24]:

> Em meio à escalada da violência na República Democrática do Congo, o general brasileiro que comanda as tropas de paz da ONU no país, Carlos Alberto dos Santos Cruz, afirmou que os rebeldes cometeram um crime de guerra ao bombardear ao menos três vezes a cidade de Goma desde a semana passada.
> "Bombardear população civil é crime humanitário", disse Santos Cruz, em entrevista à BBC Brasil. "População civil não é objetivo militar. (Os ataques são) só pra causar o caos e o pânico. (Os rebeldes) querem se tornar importantes no processo político através de uma chantagem humanitária."
> "Isso são coisas inadmissíveis. E a ONU reagiu dentro do mandato", acrescentou. "Ela tem que proteger a população civil e também se defender. Principalmente os civis da cidade de Goma".
> As tropas da ONU entraram no combate entre rebeldes e forças do governo na última sexta-feira - após os ataques a Goma, que deixaram ao menos cinco moradores da cidade mortos.
> Nesta quarta-feira, os capacetes azuis voltaram a atacar o grupo rebelde M23 no distrito de Kibati (a 15 km de Goma) com um esquadrão de helicópteros de ataque e artilharia e infantaria mecanizada. A ofensiva é realizada em conjunto com as forças congolesas.
> Ao menos um militar das forças de paz foi morto na ação, e outros dois ficaram feridos. Não há estimativas oficiais sobre o número total de baixas entre os rebeldes e forças do governo.
> Fontes médicas locais disseram que só no fim de semana aproximadamente 60 rebeldes e 20 soldados congoleses morreram nos combates. Mais de 700 pessoas teriam sido feridas. Os combates chegam ao

[24] KAWAGUTI, L. ONU reagiu a 'crime humanitário' no Congo, diz general brasileiro. *BBC Brasil*: São Paulo, 28 Ago. 2013. Disponível em: < http://www.bbc.com/portuguese/noticias /2014/02/140210 _general_congo_fdlr_lk>. Acesso em: 20 julho 2015.

> sexto dia consecutivo.
> "Estamos tomando todas as ações e usando todos os nossos meios para eliminar a ameaça ou ao menos empurrar os rebeldes para longe da cidade (de Goma), fora do raio de alcance dos canhões deles", disse o general. (Grifo nosso).

5. CONCLUSÃO

Após a Segunda Guerra Mundial, o mundo ainda cicatrizando as feridas pelas atrocidades que se havia espalhado por diversos países, a Organização das Nações Unidas (ONU) foi fundada pela Carta das Nações Unidas com propósito de inaugurar uma nova ordem mundial em que a paz e a segurança internacional fossem valores a serem cultuados e mantidos por toda a Sociedade Internacional. A Carta das Nações Unidas também instituiu o Conselho de Segurança das Nações Unidas (CSNU) como sendo o órgão pertencente à ONU com a atribuição específica de tratar de assuntos atinentes à paz e à segurança internacional.

No entanto, a ocorrência de conflitos armados não diminuíram no mundo. Os Estados Unidos da América (EUA) e a ex-União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) passam a disputar a hegemonia política, econômica e militar no pós-guerra. Apesar de não entrarem em confronto direto, essas Nações passaram a estimular veladamente conflitos periféricos espalhados em diversas regiões do globo, como a Guerra da Coréia (1950-1953) e a Guerra do Vietnã (1959-1975), tal disputa entre essas Potências ficou conhecida como Guerra Fria. O grande paradoxo dessa situação era o fato de que os EUA e a ex-URSS, como membros permanentes do CSNU, desrespeitavam os ideais de zelar pela paz e pela segurança internacional.

Porém, paradoxos como esses não desapareceram com o final da Guerra Fria. A coalização liderada pelos EUA desencadeou a Guerra do Iraque (2003–2011), também conhecida como Segunda Guerra do Golfo, sem o aval do CSNU.

Atualmente o mundo assisti atônito ao Estado Islâmico (EI) avançar por diversas regiões do Oriente Médio, propagando toda espécie de barbaridade e suplício contra crianças, adultos e idosos. Sítios Arqueológicos, em Palmira, na Síria, e no Norte do Iraque, são saqueados e depois destruídos. Diante dessa grave e urgente ameaça à paz e à segurança internacional, o CSNU permanece pouco atuante para uma solução efetiva. A primazia das ações de força, ainda muito aquém da necessária, é conduzida sob a liderança dos EUA, sem um consenso com a Rússia. Tal fato demonstra uma debilidade do CSNU para exercer a liderança e dar a resposta necessária para conter tal ameaça.

Verifica-se ainda que o CSNU é composto por quinze membros, dos quais cinco são membros permanentes (EUA, Rússia, Reino Unido, França e China) com poder de veto sobre qualquer decisão. Essa composição do CSNU é bastante criticada por diversas partes da Sociedade Internacional por ser uma estrutura de governança desatualizada e com legitimidade comprometida, não havendo a participação de representantes da América Latina e África como membros permanentes.[25]

[25] BRASIL. Manutenção e consolidação da paz: Reformando o Conselho de Segurança da ONU. Brasília: Ministério das Relações Exteriores. Disponível em: < http://www.itamaraty.gov.br/index.php?option=com_ content&view=article&id=4779&catid=214&Itemid=435&lang=pt-BR>. Acesso em: 17 setembro 2015.

A ampliação do rol de membros permanentes do CSNU, passando a contar com representantes de outros continentes, prestigiará a multilateralidade, que é uma das principais características da Sociedade Internacional atual. Essa multilateralidade permitirá que as discursões sobre a paz e a segurança internacional reflitam os anseios e as experiências de um maior número de países, o que possibilitará mais legitimidade e efetividade às soluções do CSNU.

O Direito Internacional Humanitário (DIH) deve ser aplicado por todos os contendores envolvidos num conflito armado internacional, inclusive em relação àquela parte envolvida que não fez o uso legítimo da força, conforme a Carta das Nações Unidas. Esse fato se relaciona com a essência do DIH, que é sua aplicação durante o caos da guerra para se evitar que este seja potencializado, de forma que aquela não se torne uma brutalidade descomunal ou sem limites.

Apesar da eloquência do teor dos tratados e dos princípios que compõem o DIH, verifica-se que houve desobediência às regras humanitárias em diversos conflitos ao redor do mundo.

Durante a atual Guerra ao Terror, os Talebans foram aprisionados pelos EUA na Base Militar de Guantânamo sem receberem o tratamento dispensado aos Prisioneiros de Guerra previsto na III Convenção de Genebra, em que eles até poderiam ser classificados como combatentes ilegítimos por fazerem o uso de terrorismo como método de combate e por consequência seriam tidos como criminosos de guerra, no entanto, teriam direito a um julgamento justo em decorrência de uma acusação formal, garantia esta que não foi respeitada. Por outro

lado, os EUA também não reconhecem a eles a plenitude dos Direitos Humanos reconhecidos internacionalmente a todos e muito menos reconhecem a eles os Direitos Civis que todos homens e mulheres possuem em território americano.

O Estado Islâmico (EI) a cada dia horroriza o mundo com os métodos cruéis de combate, de tortura e de assassinatos aos seus prisioneiros. Destaca-se ainda a destruição sistemática de patrimônio cultural da humanidade realizada pelo EI, caracterizando crime de guerra previsto nas normas do DIH e no Estatuto do Tribunal Internacional Penal (TPI).

O DIH é o último recurso do Direito para proporcionar o mínimo de acolhimento e proteção ao ser humano e ao meio ambiente durante um conflito armado. No entanto, infelizmente verifica-se nos exemplos acima e tantos outros que o DIH ainda não é totalmente respeitado durante os conflitos armados e que há necessidade de uma atualização para que se torne mais efetivo, conforme análise realizada por VIEIRA.[26]

> Cento e cinquenta anos após a reunião pioneira em Genebra, especialistas crêem que as normas de DIH precisam de renovação face às novas tecnologias e a conflitos contemporâneos. É o caso dos drones utilizados em guerras no Afeganistão ou da violência no Oriente Médio, onde Israel recentemente bombardeou um hospital na Faixa de Gaza afirmando que o Hamas usava o local como base de disparo de mísseis.

[26] VIEIRA, Leonardo. Após 150 anos, Convenção de Genebra ainda não é totalmente adotada pelos países. *O Globo*: Rio de Janeiro, 13 Set. 2014. Disponível em: < http://oglobo.globo.com/sociedade/historia/apos-150-anos-convencao-de-genebra-ainda-nao-totalmente-adotada-pelos-paises-13925529>. Acesso em: 17 setembro 2015.

O CSNU, ao longo de toda a sua existência, conferiu diversos mandatos a tropas de países pertencentes a ONU para cumprirem missões de paz, quer seja de manutenção da paz, quer seja de imposição da paz. Nesse sentido, é louvável o papel exercido pelos "capacetes azuis" nas diversas partes do mundo assoladas por crises que ameaçam à paz e à segurança internacional.

No entanto, em diversas outras situações o CSNU não impõe uma solução definitiva ao conflito, como o caso da ocupação do Território da Palestina por Israel ou do avanço do Estado Islâmico pelo Oriente Médio.

Reforçando as ideias de reforma do CSNU, com ampliação dos membros permanentes, verifica-se ainda a necessidade de fortalecimento desse organismo internacional para que seja incrementada sua autoridade, em detrimento das demais Potências. Dessa forma, as decisões do CSNU devem prevalecer perante a Comunidade Internacional, inclusive com a irrestrita aceitação de suas decisões por parte de todas as Potências Mundiais. Esse fortalecimento dotaria o CSNU da primazia de fato para autorizar o uso da força necessária e oportuna, sob a égide dos Capítulos VI ou VII da Carta das Nações Unidas, de forma a possibilitar uma solução oportuna e adequada aos conflitos que ameacem a paz e a segurança internacional.

Então, verifica-se que, à luz do Direito Internacional, o uso da força por livre iniciativa de um Estado é limitado para algumas situações excepcionais e que nas demais situações, o uso da força fica a cargo da determinação do Conselho de Segurança das Nações Unidas. Tal

sistemática visa construir uma ordem mundial equilibrada, e que a busca pela paz e segurança internacional sejam valores a serem intentados por todos. No entanto, o próprio CSNU deve ser reformado e fortalecido para que suas decisões sejam legítimas e efetivas para prevenir ou finalizar conflitos armados.

Ao mesmo tempo se observa a necessidade de uma atualização do DIH para que seja mais apto a lidar com as novas formas em que os conflitos armados se desenvolvem. Tudo isso se justifica pelo fato de que, independentemente se o uso da força é legítimo ou não, o DIH deverá estar pronto, como uma sentinela atenta, para cumprir o seu papel protetor.

REFERÊNCIAS

BOUVIER, A. A. *Direito Internacional Humanitário e Direito dos Conflitos Armados*. Nova Iorque: Instituto para Treinamento em Operações de Paz, 2011.

BRASIL. *Manual de Operações de Paz*. Brasília: Ministério da Defesa, 2013.

BRASIL. *Manutenção e consolidação da paz:* Operações de paz das Nações Unidas. Brasília: Ministério das Relações Exteriores.

BRASIL. O Brasil e o Conselho de Segurança da ONU. Brasília: Ministério das Relações Exteriores.

FONTOURA, P. R. C. T. *O Brasil e as Operações de Manutenção da Paz das Nações Unidas*. Brasília: FUNAG, 1999.

KAWAGUTI, L. ONU reagiu a 'crime humanitário' no Congo, diz general brasileiro. *BBC Brasil*: São Paulo, 28 Ago. 2013.

LAWAND, K. Entrevista: O que é um conflito armado não internacional? Genebra: *CICV*, 10 Dez. 2012.

ONU. *Boletín del Secretario General ST/SGB/1999/13: Observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones*. Nova Iorque: Secretario Geral da ONU. Disponível em: < http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=ST/SGB/1999/13>. Acesso em: 20 julho 2015.

PALMA, N. N. *Direito Internacional Humanitário e Direito Penal Internacional*. Curso de Pós Graduação em Direito Militar. Rio de Janeiro: Fundação Trompowski, 2009.

SWINARSKI, C. *Introdução ao direito internacional humanitário*. Brasília: CICR, 1996.

VIEIRA, Leonardo. Após 150 anos, Convenção de Genebra ainda não é totalmente adotada pelos países. *O Globo*: Rio de Janeiro, 13 Set. 2014. Disponível em: < http://oglobo.globo.com/sociedade/historia/apos-150-anos-convencao-de-genebra-ainda-nao-totalmente-adotada-pelos-paises-13925529>. Acesso em: 17 setembro 2015.

VIOTTIA, A. R. A. *Ações Humanitárias pelo Conselho de Segurança: entre A Cruz Vermelha e Clausewitz*. Dissertação de Mestrado. Brasília: Instituto Rio Branco - Fundação Alexandre de Gusmão, 2005.

Garantias constitucionais e processuais do auto de prisão em flagrante delito militar: a delegação e a homologação, os vícios que invalidam a prisão e a decisão de não prender

Ronaldo João Roth
Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo
Coordenador e professor de pós-graduação em Direito Militar da Escola Paulista de Direito (EPD)

RESUMO: O artigo sustenta a incidência do princípio constitucional do devido processo legal no auto de prisão em flagrante delito militar e evidencia as garantias constitucionais e processuais desse ato constritivo, entre eles a necessidade de homologação por parte da autoridade originária de Polícia Judiciária Militar, quando esta não agir diretamente naquele procedimento, de forma que sempre que um Oficial subordinado à autoridade originária agir por delegação, haverá necessidade da homologação, aperfeiçoando o ato complexo da prisão.

PALAVRAS-CHAVES: Auto de prisão em flagrante delito. Delegação. Homologação. Ato complexo. Garantias na prisão em flagrante. Autoridade originária. Autoridade delegada. Polícia Judiciária Militar.

ABSTRACT: The article claims the incidence of the constitutional principle of due process of law in prison when caught in the act of doing a military offense and highlights the constitutional and procedural safeguards of this constrictive act, including the need for approval by the original Military Judicial Police authority when it does not act

directly in that procedure so that whenever a subordinate official to the originating authority acts by delegation, there will be the need for approval, improving the prison complex act.

KEYWORDS: Report of arrest in *flagrante delicto*. Delegation. Homologation. Complex act. Guarantees in arrest in *flagrante delicto.* Original authority. Delegated authority. Military Judicial Police.

SUMÁRIO: 1. De proêmio – 1.1 Das atividades de polícia judiciária militar – 1.2 Das autoridades de polícia judiciária militar – 1.3 Das autoridades de polícia judiciária militar no APFD – 1.4 Da substituição do IPM pelo APFD – 1.5 Dos princípios comuns nos atos de polícia judiciária militar – 2. Do desenvolvimento – 2.1 Das garantias do indiciado – 2.2 Das garantias específicas do auto de prisão em flagrante – 2.3 Do ato complexo da prisão em flagrante delito – 2.4 Da ordem de preferência para a autuação em flagrante delito – 2.5 Da relação jurídica decorrente do APFD – 2.6 Do direito subjetivo à homologação do comandante no APFD – 2.7 Dos vícios do auto de prisão em flagrante delito – 2.8 Da decisão de não prender em flagrante delito – 2.9 Da manutenção da prisão em flagrante delito – 3. Da conclusão.

1. DE PROÊMIO

A liberdade é um direito fundamental da pessoa humana e nossa Lei Maior estabelece de maneira relevante cinco direitos fundamentais, constituídos na "vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade" (art. 5º, caput, CF), direitos esses invioláveis e, nas sábias palavras

de IVES GRANDRA MARTINS[1], esses direitos sequer podem ser relativizados, a não ser nas hipóteses previstas na Constituição.

A realização da prisão em flagrante delito (art. 5º, inciso LXI, da CF) põe em choque assim a garantia da liberdade diante do *jus puniendi* do Estado, exercido de maneira cautelar e provisória, restringindo aquele direito fundamental.

Entendemos, nessa esteira, que o princípio constitucional do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF) que prevê que "ninguém será privado de sua liberdade ou dos seus bens sem o devido processo legal" alcança, de plano, a prisão em flagrante delito, como, igualmente, alcança qualquer procedimento administrativo na linha do que já decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF)[2]. Assim, não podemos descurar da existência do devido processo procedimental, à semelhança do devido processo legal, nos procedimentos administrativos como ocorre, por exemplo, na apreensão de um veículo ou numa fiscalização de trânsito, raciocínio este sintetizado por ARAKEN DE ASSIS[3] que leciona:

> Por outro lado, a circunstância de a lei não exigir expressamente o procedimento administrativo para outorgar perfeição ao ato, ou seja, para definir-lhe a existência, não elimina, por si só, a aplicação do devido processo procedimental. Nesta contingência, cabe

[1] MARTINS, I. G. *Constituição Federal. 20 anos: Direitos e Garantias Fundamentais*, Coordenada por Ives Gandra Martins e Franscisco Rezek, São Paulo: RT, 2008, p. 74.
[2] STF, 1ª T., AI-Ag 592.340/PR, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, J. 20.11.07, DJU 14.12.07, p. 57: "[...] II - O entendimento desta Corte é no sentido de que o princípio do devido processo legal, de acordo com o texto constitucional, também se aplica aos procedimentos administrativos. [...]".
[3] ASSIS, A. *Constituição Federal. 20 anos:* observância do devido processo legal na formação dos atos administrativos, Coordenada por Ives Gandra Martins e Franscisco Rezek, São Paulo: RT, 2008, p. 302.

> investigar a pertinência do conjunto de requisitos na formação dos atos administrativos em geral.

Nesse compasso, veja que a publicidade da prisão e o local onde se encontre o preso, por imposição hoje constitucional, devem ser comunicados ao Juiz, à família do preso ou a pessoa por ele indicada (art. 5º, LXII, da CF), sob pena de invalidar a prisão. Estamos falando do devido processo procedimental. No mesmo jaez, a garantia de ser informado o preso sobre os seus direitos, entre os quais, o de ficar calado, sendo lhe assegurado assistência da família e de advogado (art. 5º, inciso LXII, da CF), a garantia de o preso conhecer a identidade de quem efetuou a sua prisão e seu interrogatório (art. 5º, inciso LXIV, da CF).

Como visto, não se pode negar a incidência do princípio constitucional do *due process of law*, alcançando, inequivocamente, a prisão de qualquer pessoa, diante do complexo de garantias e direitos no devido processo procedimental, que, obviamente, "não se esgotam apenas com os direitos e garantias individuais de nossa Lei Maior", mas estão espraiados no Código de Processo Penal Militar (CPPM) e, subsidiariamente, no Código de Processo Penal Comum (CPP Comum).

Assim, qualquer descompasso, ou inobservância constitucional e legal, cabe ao Juiz relaxar imediatamente a prisão (art. 5º, LXV, da CF).

Vale o alerta de NELSON NERY JUNIOR[4] sobre as arbitrariedades que vêm sendo cometidas pelo Estado na persecução penal sob o

[4] NERY JUNIOR, N. *Constituição Federal. 20 anos*: *Público VS.Privado?*: *a* natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais, Coordenada por Ives Gandra Martins e Franscisco Rezek, São Paulo: RT, 2008, p. 229.

pretexto de que o interesse público deve prevalecer sobre o interesse privado, daí a imprescindibilidade de se enxergar que:

> [...] os direitos descritos no artigo 5º da CF são direitos e garantias fundamentais e que, por isso mesmo, não se confundem como direitos privados, tampouco direitos apenas subjetivos. São a própria razão de ser do Estado *Constitucional* ou Estado *Democrático* de Direito, fundamento da República Federativa do Brasil. Por isso é que não se lhes pode contrapor o 'interesse público' que, na maior parte das vezes, como se tem verificado na prática, vem caracterizando como 'interesse do Estado', fenômeno que se assemelha ao que ocorria e que ocorre nos piores Estados ditatoriais e totalitários de antes e de agora. Os direitos e garantias fundamentais existem justamente para que se oponham e obstaculizem o arbítrio do Estado sobre eles.

Não podemos ignorar que os direitos de caráter penal, processual e processual-penal cumprem um papel fundamental na concretização do moderno Estado Democrático de Direito.

Nesse passo, há de se observar as limitações do poder do Estado na realização das prisões provisórias, valendo trazer à colação as citações do presidente Min. Gilmar Mendes lançadas na sua decisão monocrática, de 9.7.2008, no *HC* 95009-4/SP do STF, Pleno, (MC) Rel. Min. Eros Grau, J. 9.7.2008, com os seguintes excertos, citando MARTIN KRIELLE, que leciona que:

> [...] sem divisão de poderes e em especial sem independência judicial isto não passará de uma declaração de intenções, ou seja, "os direitos humanos somente podem ser realizados quando limitam o poder do Estado, quando o poder estatal está baseado na entrada em uma ordem jurídica que inclui a defesa dos direitos humanos". "Os direitos humanos estabelecem condições e limites àqueles que têm competência de criar e modificar o direito e negar o poder de violar o

> direito. Certamente, todos os direitos não podem fazer nada contra um poder fático, a *potestas desnuda*, como tampouco nada pode fazer a moral face ao cinismo. Os direitos somente têm efeito frente a outros direitos, os direitos humanos somente em face a um poder jurídico, isto é, em face a competências cuja origem jurídica e cujo *status* jurídico seja respeitado pelo titular da competência. Esta é a razão profunda por que os direitos humanos somente podem funcionar em um Estado constitucional. Para a eficácia dos direitos humanos a independência judicial é mais importante do que o catálogo de direitos fundamentais contidos na Constituição. (Grifos nossos).

Por outro lado, o referido julgado dispõe:

> Tem-se, assim, em rápidas linhas, o significado que os direitos fundamentais e, especialmente, os direitos fundamentais de caráter processual, assumem para a ordem constitucional como um todo. Acentue-se que a boa aplicação dos direitos fundamentais de caráter processual – aqui merece destaque a proteção judicial efetiva – que permite distinguir o Estado de Direito do Estado Policial! Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Como amplamente reconhecido, o princípio da dignidade da pessoa humana impede que o homem seja convertido em objeto dos processos estatais [...]. Na mesma linha, entende Norberto Bobbio que a proteção dos cidadãos no âmbito dos processos estatais é justamente o que diferencia um regime democrático daquele de índole totalitária: [...] Em verdade, tal como ensina o notável mestre italiano, a aplicação escorreita ou não dessas garantias é que permite avaliar a real observância dos elementos materiais do Estado de Direito e distinguir civilização de barbárie. Nesse sentido, forte nas lições de Claus Roxin, também compreendo que a diferença entre um Estado totalitário e um Estado (Democrático) de Direito reside na forma de regulação da ordem jurídica interna e na ênfase dada à eficácia do instrumento processual penal da prisão provisória. Registrem-se as palavras do

> professor Roxin: 'Entre as medidas que asseguram o procedimento penal, a prisão preventiva é a ingerência mais grave na liberdade individual; por outra parte, ela é indispensável em alguns casos para uma administração da justiça penal eficiente. A ordem interna de um Estado se revela no modo em que está regulada essa situação de conflito: os Estados totalitários, sob a antítese errônea Estado-cidadão, exagerarão facilmente a importância do interesse estatal na realização, o mais eficaz possível, do procedimento penal. Num Estado de Direito, por outro lado, a regulação dessa situação de conflito não é determinada através da antítese Estado-cidadão; o Estado mesmo está obrigado por ambos os fins: assegurar a ordem por meio da persecução penal e proteção da esfera de liberdade do cidadão. Com isso, o princípio constitucional da proporcionalidade exige restringir a medida e os limites da prisão preventiva ao estritamente necessário." Nessa linha, sustenta Roxin que o direito processual penal é o sismógrafo da Constituição, uma vez que nele reside a atualidade política da Carta Fundamental (Cf. Roxin, C., Derecho Procesal Penal, cit. p. 10).

Diz o julgado ainda que "A prisão provisória é medida excepcional que, exatamente por isso, demanda a explicitação de fundamentos consistentes e individualizados com relação a cada um dos cidadãos investigados (CF, art. 93, IX, e art. 5º, XLVI)".

Consta também do julgado que: "A ideia do Estado de Direito também imputa ao Poder Judiciário o papel de garante dos direitos fundamentais. Por consequência, é necessário ter muita cautela para que esse instrumento excepcional de constrição da liberdade não seja utilizado como pretexto para a massificação de prisões provisórias." E acrescenta: "Em nosso Estado de Direito, a prisão provisória é uma medida excepcional e, por essa razão, não pode ser utilizada como meio generalizado de limitação das liberdades dos cidadãos".

Nesses termos NELSON NERY JUNIOR[5], ao abordar o interesse público e os direitos fundamentais, que se aplicam diante da colisão entre o direito fundamental de liberdade e o dever do Estado em reprimir as infrações penais, prendendo o seu autor, leciona que:

> Tem sido muito invocada a circunstância de que, havendo confronto entre o interesse público e o privado, aquele deve prevalecer sobre este. Este preceito, muito mencionado no campo do direito público, cede diante da dignidade da pessoa humana (CF 1º, III) e dos direitos e garantias fundamentais (CF 5º), o primeiro como fundamento da República e estes últimos como pilares do *Verfassungsstaat* (*Estado Democrático de Direito*).
> Outra antítese errada, apontada por Claux Roxin, é a de que o cidadão é inimigo do Estado, o que justificaria, *per se*, a violência que tem sido cometida contra os direitos fundamentais, a pretexto de estar-se defendendo o interesse público. Não existe antítese Estado-cidadão. Cumpre ao Estado respeitar a Constituição, proteger o interesse público e os direitos fundamentais do cidadão. Esse equilíbrio é tarefa que nos afigura imprescindível para a efetivação e para o respeito ao Estado Democrático de Direito. [...]
> No verdadeiro Estado Constitucional não se devem distinguir Estado e sociedade, porquanto esse *Verfassungsstaat* não se caracteriza, apenas, pelo princípio da *legalidade formal* que se subordina aos poderes públicos às leis gerais e abstratas, mas também pela *legalidade substancial*, que vincula o funcionamento desses mesmos poderes à garantia dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana.
> Os direitos e garantias fundamentais existem, com natureza e magnitude constitucional, justamente para que possam ser opostos aos interesses do Estado, qualquer que seja sua índole. [...]
> A tutela da vida, da liberdade e da propriedade no Estado Constitucional é uma exigência legítima tanto do indivíduo como da comunidade, ou seja, existe no interesse público e no interesse privado. Daí por que os direitos fundamentais não são direitos privados,

[5] NERY JUNIOR, N. Op. cit. p. 229/254.

> como erroneamente se tem dito e repetido, mas *direitos constitucionais*.
> Se nos direitos fundamentais estão fundidos interesses públicos e interesses privados, disso se obtém que tão logo uma liberdade constitucional seja restringida, é também afetada a coletividade. Tão logo algum direito fundamental seja lesionado, também e sempre será afetado o interesse público. [...]
> Não se legitima restrições aos direitos fundamentais meramente porque existiria, *prima facie*, supremacia do interesse público sobre os direitos fundamentais porque estes vinculam as atuação estatal no âmbito dos três poderes e são limites, inclusive, ao Poder Constituinte.
> Com maior razão, não podem ser suprimidos por uma suposta primazia do interesse público, porque, no Estado Constitucional, a atividade da Administração Pública não se limita mais apenas ao princípio da legalidade, mas sua atuação encontra limites nos direitos fundamentais.
> É princípio básico de hermenêutica constitucional que as normas sobre direitos fundamentais (CF, art. 5º) e direitos sociais (CF 6º e 7º) se interpretem *ampliativamente*; as limitações interpretam-se restritivamente, como ocorre, aliás, com qualquer norma restritiva de direitos e ressalta em importância tratando-se de direitos constitucionais fundamentais. Dessa forma, a prisão cautelar, seja provisória (L. 7960/89) ou preventiva (CPP 312/316), ainda que provenha de ordem escrita da autoridade judicial (CF 5º LXI), só deve ser determinada em situações absolutamente excepcionais, pois sua edição contraria a garantia constitucional da presunção de inocência (p. 251) . (Grifos nossos).

A prisão provisória, como leciona DENILSON FEITOZA PACHECO[6], é uma prisão cautelar, pois:

> [...] a cautelaridade (ou natureza cautelar) da *prisão provisória*, decorre da Constituição Federal, ao estabelecer o princípio constitucional da liberdade e, mais especificamente, o princípio da inocência

[6] PACHECO, D. F. *Direito Processual Penal,* Niterói/RJ: Impetus, 2005, p. 980.

> (art. 5º, LVII, CR). Ainda nessa linha específica, a cautelaridade também pode ser afirmada pelo princípio da necessidade, baseado em que alguém somente pode ser preso ou mantido na prisão se não for cabível a liberdade provisória, conforme se depreende no art. 5º, LXVI, da Constituição Federal.
> De uma maneira mais ampla, a natureza cautelar é reforçada pelo princípio constitucional da proporcionalidade, na sua perspectiva de princípio garantista de direitos fundamentais. A intervenção no direito fundamental de liberdade só se justifica constitucionalmente se houver necessidade, ou seja, dentre as medidas restritivas de direitos fundamentais, devemos escolher aquela que menos interfira no direito fundamental de liberdade e que ainda seja capaz de proteger o interesse público para o qual foi instituída (por exemplo, para proteger a efetividade do processo penal). (Grifos nossos).

Ao estudarmos a prisão em flagrante delito, não devemos confundir o flagrante delito com a prisão em flagrante delito, pois, como leciona DENISLON FEITOZA PACHECO[7], são institutos distintos. Pelo primeiro (flagrante delito), há ensejo para alguém ser preso na situação em que se encontra, ao passo que no segundo (prisão em flagrante delito) constitui-se não só do ato de prender no momento do flagrante delito, mas também o de manter alguém preso.

A lei não distingue a situação de flagrante da prisão em flagrante, pois daquela decorre esta, de forma que o ato de prender no momento da prática da infração penal (flagrante delito), as formalidades para a manutenção da prisão (documentação da prisão e efetivação dos direitos constitucionais do preso em flagrante) e a manutenção da prisão em flagrante recebem a mesma denominação. Como diz DENILSON FEITOZA PACHECO[8], a lei não criou expressões diferentes para o

[7] PACHECO, D. F. Op. cit. *ib idem.*
[8] PACHECO, D. F. Op. cit. p. 998.

ato de prender no momento do flagrante e a manutenção da prisão em flagrante. Tudo isso é tratado como um único fato contínuo, que é denominado prisão em flagrante. Meses depois do fato flagrante delito, quando já não há mais a situação de flagrante delito, ainda poderemos dizer que a pessoa está presa em flagrante, se a prisão não foi relaxada, nem houve ainda a sentença penal condenatória.

A documentação realizada em decorrência da prisão em flagrante delito constitui-se no auto de prisão em flagrante delito (APFD), o qual, juntamente com a nota de culpa, assinada pelo presidente do auto, que deve ser entregue ao autuado ou indiciado preso com o motivo da prisão, o nome do condutor e os das testemunhas (art. 247 do CPPM), a certificação de que foram assegurados ao preso os seus direitos constitucionais e mais a comunicação da prisão ao juiz, passam a ser o título que legitima a prisão.

Assim, a prisão em flagrante delito, a nosso ver, é prisão provisória, tendo como natureza jurídica uma espécie de prisão cautelar, pois embora sendo eminentemente administrativa pode prolongar-se pelo prazo que for necessário para os fins do processo, traço esse que marca a sua cautelaridade, ou seja, a sua necessidade. Nessa linha caminham as posições de FERNANDO TOURINHO FILHO[9] e JOSÉ FREDERICO MARQUES[10], JULIO FABBRINI MIRABETE[11], DENILSON FEITOZA PACHECO[12]. A jurisprudência majoritária segue no mesmo sentido.

---

[9] TOURINHO FILHO, F. C. *Processo Penal*, Vol. 1, São Paulo: Saraiva. 2009. p. 464.
[10] MARQUES, J. F. *Elementos de Direito Processual Penal*, Vol. IV, Campinas/SP: Milleninium, 2000, p. 25.
[11] MIRABETE, J. F. *Processo Penal*, São Paulo: Atlas, 2006, p. 374.
[12] PACHECO, D. F. *Direito Processual Penal*. Niterói/RJ: Impetus, 2009, p. 840.

A prisão em flagrante delito militar, disciplinada por sua vez no CPPM, não sofreu a transformação determinada pela reforma promovida pela Lei 12.403/11, legislação esta que impõe ao Juiz fundamentadamente:

> a) relaxar a prisão ilegal;
> b) converter a prisão em flagrante em preventiva, quando presentes as suas circunstâncias e se revelem insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão,
> c) conceder a liberdade provisória, com ou sem fiança.

Assim, ao contrário da referida Lei, no CPPM a prisão em flagrante é prisão autônoma e independente da prisão preventiva, muito embora nesta se justifique a sua manutenção, como outrora já defendemos.[13]

A autoridade militar competente ou o presidente do APFD pode não ratificar a voz de prisão em flagrante dada pelo condutor por entender que não há fundada suspeita contra o conduzido, seja pelo fato de que o fato foi atípico, seja pelo fato de que, pela prova apresentada, não exista o convencimento de que o preso foi autor do delito, seja ainda pela hipótese que o agente agiu amparado em excludente de ilicitude.

Nesse passo, vale a lição de RENATO BRASILEIRO DE LIMA, com o qual comungamos posição, no sentido de que a prisão em flagrante delito é um ato complexo e a prisão só estará aperfeiçoada após a captura, condução coercitiva, lavratura do auto e recolhimento à prisão[14], se ratificada pela autoridade administrativa competente, o militar no caso do crime militar, o Delegado de Polícia, se a infração for comum.

[13] ROTH, R. J. A justificativa para a manutenção da prisão em flagrante delito. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, nº 63, 2007, pp. 10/16.
[14] LIMA, R. B. *Manual de Processo Penal*, Vol. I, Niterói/RJ: Impetus, 2012.

1.1 Das atividades de polícia judiciária militar

Sob fundamento constitucional (art. 144, § 4º, *in fine*, da CF), há uma reserva de atuação exclusiva à Polícia Judiciária Militar (PJM) nos crimes militares, excluída assim a apuração dos fatos por parte da Polícia Federal e pela Polícia Civil.

Nesse passo, é a legislação infraconstitucional que dará suporte à realização das atividades de PJM, consubstanciada no Código de Processo Penal Militar (CPPM), o qual inicialmente estabelece quais são as autoridades de PJM (art. 7º do CPPM) e quais as suas atividades, entre elas a apuração do crime militar e sua autoria (art. 8º do CPPM).

A seguir, o CPPM estrutura a realização das atividades de PJM e de persecução penal em quatro instrumentos inequívocos desse mister: o inquérito policial militar (IPM) e o auto de prisão em flagrante delito (APFD); a instrução provisória de insubmissão (IPI) e a instrução provisória de deserção (IPD).

A realização do APFD insere-se, indubitavelmente, entre as atividades de Polícia Judiciária, conforme reconhece, seguramente, a doutrina e a jurisprudência (STJ – 6ª T. - RHC 5650/RS – Rel. Min. Vicente Leal – J. 2.6.1997 e RHC 5735/SP – Rel. Min. Vicente Leal – J. 3.9.1996), pois está englobada na repressão às infrações penais (art. 144, § 4º, da CF).

Para abordagem do tema proposto, nossa análise se fará com maior ênfase nos dois primeiros procedimentos de PJM (o IPM e o APFD).

De pronto, notamos que as atividades de PJM estão entrelaçadas entre si possuindo princípios comuns e que devem ser observados e reconhecidos para a sua adequada e correta realização.

1.2 Das autoridades de polícia judiciária militar

O primeiro princípio existente no CPPM é quem são as autoridades de PJM, dividindo-os em duas categorias:

> a) as autoridades originárias ou delegantes, consistentes nas autoridades expressamente previstas no artigo 7º do CPPM, ali se destacando os Comandantes de Unidade e as autoridades de escalões superiores nas instituições militares;
> b) as autoridades delegadas, consistentes nos Oficiais do serviço ativo e que respondem por aquelas atividades na ausência da autoridade originária (art. 10, § 2º, do CPPM).

Note-se que esse princípio estabelece verdadeira precedência na tomada de posição entre aquelas duas categorias de autoridades de PJM existentes, pois ao se tratar de instituições hierarquizadas, a decisão sobre os atos de PJM é exclusiva do Comandante.

É por isso que nas atividades de PJM, se o próprio Comandante não exerce a sua originária atribuição, mas a delega a outro Oficial, este adotará as providências que entender cabíveis, retornando àquele os autos para a decisão sobre a matéria, por ser exclusivamente da autoridade originária a prerrogativa da última palavra naquele procedimento. É o que ocorre expressamente no IPM, onde o Comandante pode delegar a investigação ao encarregado do IPM (Oficial subordinado), devendo este praticar todos os atos que lhe

são permitidos por lei (como por exemplo, as medidas preliminares e as medidas concernentes ao encarregado do IPM, nos artigos 12 e 13 do CPPM) e, ao final, obrigatoriamente emite a sua opinião no relatório (art. 22 do CPPM), todavia, os autos necessariamente irão ao Comandante para que este, de maneira imprescindível, emita sua palavra na solução (art. 22, §§ 1º e 2º do CPPM).

Estamos falando aqui do ato complexo, em que o seu aperfeiçoamento depende necessariamente de duas opiniões – a da autoridade encarregada, que no caso é o Oficial que recebeu delegação para atuar como encarregado do IPM, e, ao final, a da autoridade do Comandante –, pois sempre onde há delegação deve haver homologação.

1.3 Das autoridades de polícia judiciária militar no APFD

A mesma logística também ocorre, a nosso ver, no auto de prisão em flagrante delito (APFD), em que existe um rol de autoridades que devem atuar, exclusivamente (art. 245 do CPPM).

Extrai-se daí que o Comandante pode exercer originariamente os atos de PJM, todavia, se tais atos não forem realizados pela autoridade originária, serão aqueles delegados para os Oficiais diante da ordem de preferência indicada pelo legislador (art. 245 do CPPM), atos esses que, uma vez realizados, necessariamente dependerão de ratificação por parte da autoridade originária, constituindo-se esse procedimento no instituto da homologação.

Enfim, pode o Comandante não ratificar os atos praticados no APFD e, neste caso, sua decisão é a que irá prevalecer, no caso, colocando em

liberdade o autuado, após relaxar a sua prisão, nos exatos termos do artigo 247, § 2º, do CPPM.

Note-se que aqui o legislador partiu da premissa que a autoridade militar originária pode relaxar a prisão de quem foi autuado pelo Oficial de Serviço, diante da apresentação do infrator conduzido preso em flagrante, ratificando a voz de prisão (e aqui reside a independência funcional da autoridade delegada, nos termos do § 2º do artigo 10 c.c. artigo 12, alínea "c", do CPPM) de quem, anteriormente prendeu o infrator (art. 243 do CPPM, que tanto pode ser o civil como o militar). Logo, é imprescindível que nesse caso a prisão consubstanciada no APFD, como ato de PJM, deverá ser apreciada pelo Comandante (autoridade originária), o qual pode ratificá-la ou não, nesta última hipótese, relaxando a prisão.

Assim, se delegados os atos, isso exigirá, necessariamente, a sua homologação para o aperfeiçoamento dos atos praticados, pois, como se disse, estamos falando de um ato complexo, o qual só estará perfeito com a dupla opinião lançada nos autos, a do presidente do APFD, e a do Comandante, assim como ocorre no IPM.

O acerto desse raciocínio vem estabelecido no artigo 248 do CPPM, o qual, inequivocamente, prevê que no APFD duas opiniões devem existir, se efetivamente o Comandante não foi aquele que, desde o início, praticou todos os atos de PJM correspondente.

Assim, se o Oficial de Serviço – devido à ausência do Comandante da Unidade – adotou as medidas preliminares de prisão do infrator (artigo 10, § 2º, c.c. art. 12, alínea "c", e c.c. art. 245 do CPPM), necessariamente, para o encerramento daquele procedimento de PJM,

é o Comandante que deve dar a última palavra, decidindo a questão – ratificando a prisão ou relaxando-a (art. 247, § 2º, do CPPM).

Note-se que, depois das autoridades delegada e originária correspondentemente lançarem sua decisão nos autos (por exemplo, a primeira autuando em flagrante delito o infrator preso, e a segunda, discordando da hipótese de flagrante, relaxando-a), os autos seguirão ao Juiz, imediatamente, com essas duas opiniões, cabendo expressamente a este – confirmar ou infirmar a decisão do Comandante (art. 248 do CPPM).

A lei, como sabido, não possui palavras inúteis, de forma que, se o artigo 248 do CPPM se refere a duas opiniões no APFD (uma, no nosso exemplo, do Oficial de serviço, inicialmente prendendo e autuando o infrator, e a segunda, do Comandante, relaxando-a), caberá ao Juiz, ao aferir a legalidade das medidas de PJM adotadas, decidir qual daquelas duas opiniões deve prevalecer, ou seja, deve confirmar o relaxamento ou infirmá-lo e, neste último caso, restaurando a prisão em flagrante determinada pelo Oficial de serviço.

Portanto, diante da ordem de preferência para a realização do APFD explicitada no artigo 245 do CPPM, se a autoridade originária (Comandante da Unidade, nos termos do artigo 7º do CPPM) não cuidou pessoalmente daquela medida, qualquer outro Oficial que aja em nome dele só pode atuar por delegação, nos termos do artigo 10, § 2º, c.c. art. 12, alínea "c" do CPPM, de forma que o APFD dependerá da homologação da autoridade originária por ser, como se viu, um ato complexo. Esse aspecto, por um lado, revela o devido procedimento legal para legitimar a prisão, e de outro revela a garantia ao autuado de

ver o pronunciamento da autoridade originária no procedimento de sua prisão em flagrante delito, decidindo-o.

1.4 Da substituição do IPM pelo APFD

Outro princípio existente entre os atos de PJM consiste na substituição dos atos de PJM entre si, de forma que o IPM pode ser substituído pelo APFD quando este, por si só, já seja suficientemente completo a dispensar aquele (art. 27 do CPPM), *in verbis*:

> Art. 27. Se, por si só, for suficiente para a elucidação do fato e sua autoria, o auto de flagrante delito constituirá o inquérito, dispensando outras diligências, salvo 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. A remessa dos autos, com breve relatório da autoridade policial militar, far-se-á sem demora ao juiz competente, nos termos do art. 20.

Essa regra tem cunho prático, vez que – diferentemente do CPP Comum em que o APFD determina a instauração do inquérito policial (IP) (arts. 8º e 9º), o APFD realizado no âmbito militar, com base no CPPM, dispensa o IPM.

Veja que o CPPM trata das medidas preliminares a serem adotadas**,** por parte do Oficial de serviço ou daquele que aja na ausência do Comandante, enquanto não ocorra a delegação, ou seja, por Oficiais que substituam o Comandante. Essas medidas emergenciais para a repressão do crime, entre elas a própria prisão do infrator, nos termos do artigo 244 combinado com a alínea "c" do art. 12 do CPPM, estampam a independência funcional para tomada de providências e decisão por parte do Oficial de serviço, o qual, por agir por delegação, necessariamente deve submeter à apreciação do Comandante os atos

de PJM realizados, para que este, ao final, decida, homologando ou não o ato.

Note-se que a prisão em flagrante delito é prevista entre as medidas preliminares do IPM, o que evidencia o entrelaçamento das atividades de PJM (IPM e APFD), e o vínculo entre elas, vínculo esse que se aperfeiçoa, no caso concreto, quando o APFD substitui o IPM.

Por economia processual, o CPPM dispôs que não há necessidade de se realizar o APFD e depois o IPM, mas o primeiro (APFD), sendo suficiente, substitui o IPM (art. 27), o que evidencia que os princípios de PJM são aplicados tanto ao procedimento do IPM como ao procedimento do APFD, pois são comuns a todas as atividades que envolvem aquela matéria.

1.5 Dos princípios comuns nos atos de polícia judiciária militar

A Polícia Judiciária Militar (PJM) foi estruturada em um único sistema no CPPM, atendendo-se ao comando constitucional (art. 144, § 4º, *in fine*, CF), de forma que as normas dos artigos 7º e 8º do CPPM se irradiam para todo o sistema, além de existirem de forma imbricada outras normas que tornam inseparáveis os princípios atinentes ao IPM e ao APFD.

Por outro lado, o fato de o CPPM tratar de forma peculiar num único procedimento a repressão do crime militar no APFD, isso não autoriza que os princípios comuns de PJM sejam olvidados, ou seja, não se pode afastar o princípio da prevalência da autoridade originária na decisão do fato e na substituição do APFD pelo IPM, sob pena de se quebrar a unidade do sistema de PJM, pois essa atividade só se realiza

por meio das autoridades originárias expressamente previstas no artigo 7º do CPPM.

E esses princípios, como óbvio, também são aplicáveis à instrução provisória de insubmissão (IPI) e à instrução provisória de deserção (IPD), pois se tratam de atos de PJM, de forma que ao Oficial de serviço cabe adotar, na ocorrência de um crime militar, as medidas preliminares (artigo 12 c.c. art. 10, § 2º, do CPPM), e após, necessariamente, aqueles atos devem ser homologados ou não pelo Comandante.

Como se vê, o sistema de PJM é único e os princípios instituídos pelo CPPM são comuns às atividades realizadas: IPM, APFD, IPI e IPD.

Assim, o CPPM deve ser interpretado sistematicamente e não de forma isolada, quebrando o sistema e violando-se um daqueles princípios, sob pena de verdadeira nulidade dos atos.

Nesse passo, vale a lição do jurista CELSO BANDEIRA DE MELLO[15]:

> Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma qualquer. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio atingido, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, corrosão de sua estrutura mestra. Isto porque, com ofendê-lo, abatem-se as vigas que o sustêm e alui-se toda a estrutura nelas esforçada.

[15] MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996. p. 546.

Nessa linha, não há de se falar em atos completos de PJM se o Comandante da Unidade (autoridade originária) não decidir nos autos do procedimento persecutório penal correspondente.

2 DO DESENVOLVIMENTO

A PJM tem como instrumentos de repressão do crime militar: o IPM, o APFD, o procedimento da deserção (IPD) e o procedimento da insubmissão (IPI), como também aborda CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES[16], todos eles jungidos aos princípios imanentes próprios estatuídos no CPPM, o qual estrutura a PJM estabelecendo que a PJM é exercida exclusivamente pela autoridade originária (art. 7º) ou por meio dos Oficiais da ativa e que respondam na ausência daquela – ainda que aguardando delegação como ocorre com os Oficiais de Serviço (§ 2º do art. 10 c. c. art. 12).

Assim, duas situações são próprias da PJM: ou o próprio Comandante exerce aquela atividade nos termos do art. 7º do CPPM (autoridade originária); ou um Oficial subordinado àquele a exerce, por delegação (expressamente delegado pelo Comandante, nos termos do § 1º, do artigo 7º do CPPM, ou enquanto aguarda a delegação a teor do § 2º do art. 10 do CPPM), para as medidas preliminares (art. 12 do CPPM), não havendo qualquer hipótese de um Oficial que não seja Comandante, no mínimo, de Unidade, poder isolada e independentemente daquele realizar atos de PJM.

Assim, opera-se a persecução penal no âmbito militar, tendo como órgãos ali atuantes a PJM e o Ministério Público.

[16] NEVES, C. R. C. *Manual de Processo Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 252.

2.1 Das garantias do indiciado

Leciona CELSO DE MELLO que o processo penal qualifica-se como salvaguarda das liberdades individuais (STF - *HC* 95.009/SP) e, quanto aos direitos, devem ser garantidos na persecução penal, pontificando:

> **Inquérito policial – Unilateralidade – A situação jurídica do indiciado**.
> - O inquérito policial, que constitui instrumento de investigação penal, **qualifica-se** como procedimento administrativo destinado a subsidiar a atuação persecutória do Ministério Público, que **é**, enquanto 'dominus litis' – o verdadeiro destinatário das diligências executadas pela Polícia Judiciária.
> - A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado como mero objeto de investigações.
> - O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes responsabilidade penal por abuso de poder, **pode gerar** a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial." (RTJ – 168/896-897, Rel. Min. Celso de Mello)

A advertência quanto às garantias na persecução penal (MS 23.576/DF, Rel. Min. Celso de Mello) consiste:

> que o respeito aos valores e princípios sob o qual se estrutura, constitucionalmente, a organização do Estado Democrático de Direito, longe de comprometer a eficácia das investigações penais, configura fator de irrecusável legitimação de todas as ações lícitas desenvolvidas pela Polícia Judiciária, pelo Ministério Público ou pelo próprio Poder Judiciário. [...]
> A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados, pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e

> assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.
> A eventual privação da liberdade pessoal do acusado requer, em consequência, que se lhe assegurem, em toda a sua plenitude, as garantias inerentes ao 'due process of law'. As virtualidades jurídicas que emergem da cláusula constitucional do devido processo legal não podem ser ignoradas pelo aplicador da lei penal, que deverá ter presentes – ao longo da 'persecutio criminis in judicio' – todos os princípios que forjados pela consciência liberal dos povos civilizados, proclamam, de um lado, a presunção de não-culpabilidade dos acusados e garantem, de outro, o irrestrito exercício, com todos os recursos e meios a ele inerentes, do direito de defesa, em favor daqueles que sofrem acusação penal. [...]
> A persecução penal, cuja instauração é justificada pela suposta prática de um ato criminoso, não se projeta nem se exterioriza, como uma manifestação de absolutismo estatal. A 'persecutio criminis' sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade representa, desse modo, uma insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado. [...]
> Cabe ressaltar, de outro lado, que a prisão cautelar de qualquer pessoa não se expõe ao arbítrio dos magistrados e Tribunais (RTJ 135/1111), cujas decisões, além da necessária fundamentação substancial, hão de revelar os fatos que concretamente justificam a indispensabilidade dessa medida excepcional. (Voto no HC 95.009/SP – STF). [...]

Da lição do Ministro decano do STF se extrai que devem ser garantidos aos indiciados ou investigados nos inquéritos ou aos autuados em flagrante delito as garantias constitucionais e processuais correspondentes, pois aqueles são sujeito de direitos e, por sua vez, devem ter asseguradas aquelas garantias.

A nossa Constituição Federal de 1988, a Constituição "Cidadã", em seu artigo 5º, trata de um elenco de garantias expressamente:

> LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;
> LXII – a prisão de qualquer pessoa e o local onde se encontre serão comunicados imediatamente ao juiz competente e à família do preso ou à pessoa por ele indicada;
> LXIII – o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado;
> LXIV – o preso tem direito à identificação dos responsáveis por sua prisão ou por seu interrogatório policial;
> [...]
> LXVI – ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança;

Ao se falar, pois, em garantias – de índole constitucional e processual – essas alcançam inequivocamente ao preso ou ao indiciado, seja no APFD, seja no IPM, na IPI e IPD.

2.2 Das garantias específicas do auto de prisão em flagrante

Ao lado dessas garantias constitucionais e processuais, acrescemos outras no caso do APFD: o autuado em flagrante delito tem o direito de, na decisão de sua prisão, ter a matéria necessária e diretamente apreciada pelo seu Comandante, no caso do Oficial de Serviço ou de outro Oficial que atuar na ausência daquele.

Essa última garantia processual é extraída do sistema de PJM adotado no CPPM, o qual vincula, para perfeição do ato de PJM praticado pelo Oficial de Serviço, a homologação ou não do Comandante da Unidade,

a qual deve ser materialmente expressa nos autos implementando a garantia processual ora destacada.

Em outras palavras, pode ser que, no caso concreto, o Tenente de Serviço e atuando na ausência do Comandante fora do expediente, entenda que a prisão efetuada por qualquer do povo ou pelo militar (art. 243 do CPPM) deve ser prestigiada por configurar razão para prisão numa das hipóteses expressamente elencadas no CPPM (art. 244). Todavia, realizado o APFD os autos deverão ser levados à apreciação do Comandante da Unidade (Tenente-Coronel), que pode discordar daquela medida constritiva e entender, com a sua visão mais experiente e ampla, que o fato não configurou nenhuma hipótese de flagrante delito, ou que o fato é atípico. Neste último caso, a prisão deve ser relaxada (§ 2º do art. 247 do CPPM), valendo a palavra final da autoridade originária, pois esta é quem decide a questão.

Nesses termos, a dicção do § 2º do artigo 247 do CPPM:

> Relaxamento da prisão
> § 2º - Se, ao contrário da hipótese prevista no art. 246, a autoridade militar ou judiciária verificar a manifesta inexistência de infração penal militar ou a não participação da pessoa conduzida, relaxará a prisão. Em se tratando de infração penal comum, remeterá o preso à autoridade civil competente.

Essa interpretação, aliás, já foi por nós esposada em artigo publicado na Revista Direito Militar em 1998 sob o título: "*A investidura para os atos de Polícia Judiciária Militar*"[17], *in verbis*:

> [...] Como vimos, é imprescindível a intervenção da autoridade delegante, quando ela mesma não realize as

[17] ROTH, R. J. A investidura para os atos de Polícia Judiciária Militar. *Revista Direito Militar.* Florianópolis: AMAJME, nº 4,1997, pp. 20/22.

investigações necessárias, e isso toma maior relevância quando ocorre o auto de prisão em flagrante delito, sob pena da ausência de validade dos atos de Polícia Judiciária Militar. [...]

Caso o auto de flagrante esteja lavrado pode e deve a autoridade delegante discordar da opinião da autoridade delegada, se for necessário, e aí tudo o que será decidido será lavrado auto ou termo respectivo, ficando aquela última decisão na dependência do exame judicial que poderá infirmar ou confirmar os atos praticados (art. 248 do CPPM).

Esse mecanismo tem o condão de inibir precipitadas e abusivas prisões em flagrante quando haja dúvidas se a infração é crime militar ou se configura apenas uma infração disciplinar, além do que permite a autoridade militar a adoção de imediato de medidas disciplinares, diante do ocorrido, em face do princípio da bagatela expressamente previsto para determinadas infrações penais militares. Essas medidas não elidirão, num segundo momento, a instauração de uma ação penal. [...]

A nosso ver, se lavrado o auto de flagrante por autoridade delegada e a prisão não for revista, como preconiza a Lei, pela autoridade delegante, homologando-a, haverá ilegalidade ou abuso de poder (alíneas "a" e "b" do art. 467 do CPPM), causando com isso o seu relaxamento (art. 224 do CPPM), sem embargo de outras medidas para a responsabilização da autoridade que deu causa àquele ato. [...]

A investidura para os atos de Polícia Judiciária Militar, no nosso entender, consiste no conjunto de condições que qualificam a autoridade militar, originária ou delegada, no exercício de cargo ou função, atribuindo-lhe o poder-dever para a prática da complexidade de atos compreendidos na Lei Adjetiva Castrense, dentre elas, a delegação e a homologação ou não dos atos praticados, o compromisso para o exercício das funções, no caso dos auxiliares da autoridade militar, e a prerrogativa para a prática de certos atos.

Bem por isso devem as autoridades militares primarem pela qualidade dos atos de Polícia Judiciária Militar, não se descurando das formalidades estatuídas pela Lei, principalmente no que pertine ao asseguramento do *status libertatis* do integrante de sua Corporação.

Referida posição na defesa da garantia da necessidade da homologação no APFD, assim como ocorre no IPM, por parte do Comandante da Unidade, também foi abonada por DORIVAL ALVES DE LIMA, no artigo publicado na Revista Direito Militar, em 1998, sob o título "A Competência delegada e atividade de Polícia Judiciária Militar", *in verbis*:

> [...] Nesse sentido, a realização de flagrante (APFD) ou do inquérito policial militar (IPM), se não realizados pelo Comandante ou outra autoridade com função de direção (artigo 23), necessitarão da delegação desta e, necessariamente, os atos realizados serão revistos, podendo serem homologados ou não.
> Estamos de acordo assim, com a tese esposada por Ronaldo João Roth, no seu artigo "A investidura para os atos de Polícia Judiciária Militar, publicado na Revista de Direito Militar, número 4, pág. 20/22, 1997, AMAJME.
> Quanto a autoridade que pode e deve presidir o APFD, consoante dispõe o artigo 245 do CPPM, não há dúvida de que o Oficial de serviço ou tenente PPJM tem essa atribuição legal, todavia mister se faz a verificação de seus atos pela autoridade de Polícia Judiciária Militar originária. É o que se deflui da regra do artigo 7º e seus parágrafos. [...]
> Não vejo, pois, qualquer incongruência ou colidência entre as normas disciplinadas pelo CPPM para o IPM e para o APFD, daí ter toda a acolhida na seara castrense a obrigatoriedade de delegação para os atos de Polícia Judiciária Militar aos Oficiais das milícias que não detém a prerrogativa de autoridade originária, como se falou. [...]
> Desse modo, não há de se interpretar as normas do APFD, excepcionando-as da disciplina do IPM, pois é o próprio legislador que encampou aquele instituto neste, que eloquentemente preconiza o princípio da delegação por parte da autoridade originária e a não existência da delegação legislativa de que fala Ailton Soares, no seu R. artigo.
> Por derradeiro, de todo coerente o paralelismo

> entre a Lei Processual Castrense e a Comum sobre o tema, discorrido por Ronaldo João Roth, no r. artigo mencionado, cabendo-se acrescentar que tanto numa como noutra, o APFD e o IPM, o que leva o intérprete necessariamente a não olvidar da delegação exigida pelo artigo 7º do CPPM, para os atos de Polícia Judiciária Militar, inclusive o APFD, sob pena de inquinar esta peça inquisitiva cautelar."[18]

Cremos que a matéria é pura de direito e decorre expressamente da Lei – o CPPM – o qual sistematicamente estruturou um sistema de Polícia Judiciária Militar (PJM) amplo e completo, primeiro especificando quais são as autoridades originárias (art. 7º), depois prevendo a delegação desta aos Oficiais de serviço da ativa e subordinados (§ 1º do art. 7º, CPPM) e a seguir estabelecendo que, mesmo sem delegação, mas no aguardo desta, os Oficiais de serviço (§ 2º do art. 10, CPPM), na ausência do Comandante, devem adotar as medidas preliminares (art. 12), entre elas, prender o infrator nos termos do art. 244 do CPPM (art. 12, "c") e, em consequência, apresentando o conduzido preso à autoridade de Polícia Militar originária (o Comandante) ou, na ausência deste, ao Oficial de serviço ou que responda por aquele (art. 245, CPPM), o qual deverá, se for o caso, ratificar a prisão e autuar o preso no APFD.

Note-se que uma vez lavrado o APFD, e este for suficientemente completo para elucidação do fato e sua autoria, substituirá o IPM (art. 27º do CPPM) e deverá ser apreciado, necessariamente, pelo Comandante, o qual poderá relaxar a prisão (art. 247, § 2º, do CPPM) sendo que neste caso será lançado termo no APFD, destacando a decisão do Comandante que prevalecerá naquele procedimento, que, por sua vez, enviará os autos ao Juiz, colocando em liberdade o

[18] LIMA. D. A. A competência delegada e a atividade de Polícia Judiciária Militar. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, 1998, set/out., pp. 22/25.

autuado. Por fim, nessa linha, cabe ao Juiz confirmar ou infirmar os atos de Polícia Judiciária Militar, de forma que é o Juiz que dirá se deve ser mantida a decisão do Comandante (autoridade originária), que relaxou a prisão, ou do Oficial de serviço (autoridade delegada) que resolveu autuar em flagrante delito o infrator.

A questão nos parece de lógica, pois se para o menos, que é a instauração de IPM, é exigida a delegação e a homologação, para o mais, que é o APFD – matéria que envolve a prisão do infrator –, com maior razão deve existir também a delegação e a necessária homologação.

Assim, se os atos de PJM por parte do Oficial de serviço, e na ausência do Comandante, devem ser, no IPM, homologados, bem como, após a conclusão da investigação, com a feitura do relatório por parte do encarregado do IPM, deve necessariamente os autos do IPM ir à apreciação do Comandante, para solucioná-lo, não temos dúvida de que no APFD, que envolve a grave decisão de prisão e autuação do infrator, nos casos do artigo 244 do CPPM, também deve haver a homologação por parte do Comandante para ratificar a prisão, sob pena de nulidade do referido ato que, como já demonstrado, é um ato complexo e dependente de duas opiniões (a da autoridade delegada e a da autoridade originária ou delegante).

Nessa esteira, a ausência de homologação no APFD configura a inobservância de garantias constitucionais, pois inobservado o *due process of law*, subtraindo-se da autoridade originária a sua decisão sobre a pertinência da prisão em flagrante delito, dizendo sobre sua legalidade. E sobre a ótica das garantias constitucionais, é de se trazer à colação a lição de MONICA HERMAN SALEM CAGGIANO e

EVANDRO FABIANI CAPANO[19], no artigo "As garantias processuais e constitucionais na persecução penal militar", que assim se posicionam sobre a questão:

> [...] Municiados dessa dogmática podemos passar a analisar casos que ocorrem na práxis da atual persecução penal militar e verificar a compatibilidade com a eficácia jurídica e efetividade das garantias constitucionais esculpidas em nosso ordenamento.
> A primeira hipótese de análise se prende à práxis da polícia judiciária militar, em particular no Estado de São Paulo, onde o PPJM (Plantão de Polícia Judiciária Militar) realiza 'prisões em flagrante delito', com a utilização do instituto da delegação.
> A situação pode parecer que não ofende quaisquer garantias individuais. Porém, com uma análise um pouco mais acurada, verificar-se-á a supressão de uma garantia básica do homem e do sistema de 'justiça'.
> O Código de Processo Penal Militar é peremptório na enumeração das autoridades que exercem a polícia judiciária militar, senão vejamos: [....].
> Nessa seara, como a possibilidade de vulneração do patrimônio jurídico alcança o *ius eundi* do cidadão, a legislação cuidou de 'garantir' que a autoridade com competência para determinar a coerção deverá ser equidistante dos fatos e sobretudo não estar sujeita, ou pelo menos estar mais resguardada das inevitáveis pressões que tais casos acarretam.
> Não é, assim, sem razão, que o Código de Processo Penal Militar enumera o 'comandante da força, unidade ou navio' como a última autoridade com o 'poder' de decidir sobre a lavratura do 'auto de prisão em flagrante delito', que cerceará imediatamente o direito de ir e vir do cidadão seja ele civil ou militar.
> É necessário que a decisão de prender alguém, no inquérito militar, seja realizada por uma autoridade que tenha, primeiro, tempo de serviço para o conhecimento das 'coisas' do universo castrense, e mais, que tenha autonomia para decidir, sem pressão ou conceitos

[19] CAGGIANO, M. H. S; CAPANO, E. F. As garantias processuais e constitucionais na persecução penal militar, in *Direito Militar – Doutrina e Aplicações*, Coordenada por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, pp. 118/122.

prévios, se cerceará, ou não, a liberdade de uma pessoa. Não desconhecemos o instituto da delegação. Está ele previsto no mesmo art. 7º do CPPM, nos seguintes moldes: [...]
Porém, da rápida análise do texto da lei, poder-se-á verificar que a delegação alcança tão somente as atribuições do ato e nunca o próprio ato decisório de prisão.

O olvido dessa premissa básica já se fez sentir nas auditorias castrenses, sendo que o Juiz de Direito-Auditor Ronaldo João Roth, no artigo "A Desmedida Atuação de Polícia Judiciária Militar", publicado no livro Temas de Direito Militar, expõe a consequência da não observância dos basilares conceitos da liberdade democrática, senão vejamos: [....]
11.4. CONSIDERAÇÕES FINAIS
Não há como se afastar a autuação da Polícia Judiciária Militar dos primados do Estado Democrático de Direito, sendo a Dignidade da Pessoa Humana a linha mestra nas exegeses que se farão nas análises dos textos normativos que se apresentam nessa seara.
A Justiça Militar constitui uma jurisdição especial, nunca de exceção, pois prevista na CF/1988, com suas competências e atribuições bem delimitadas, o que demanda sua conformação aos princípios pétreos erigidos pelo legislador constitucional.
Assim, a práxis de se utilizar, como regra, oficiais subalternos ou intermediários para a tomada de decisão da prisão em flagrante delito solapa o primado da segurança jurídica, atentando em última análise contra a dignidade da pessoa humana, que fica sujeita a restrição de seu direito de locomoção por autoridade não competente para decisão de tamanha envergadura.
Tal práxis em verdade respeita a perspectiva da eficácia da norma, em especial, se levado em conta a interpretação apenas literal do art. 245 do CPPM, mais em verdade vulnera a efetividade das garantias fundamentais no procedimento do Inquérito Policial Militar, pelos motivos amplamente expostos, pois se nega ao cidadão, em última análise, as garantias da liberdade democrática.
Ainda, o apego à legalidade estrita deve informar toda a atuação da Administração Pública, seja ela civil ou militar, e nesse diapasão a orientação para a lavratura

> de auto de prisão em flagrante fracionado arranha tal princípio, conduzindo à ilegalidade do Auto lavrado.
> Essas são, de uma visão constitucional do fenômeno atual da polícia judiciária militar na atuação diuturna da persecução penal, as contribuições que esperamos fornecer aos operadores que laboram nessa área do Direito.

2.3 Do ato complexo da prisão em flagrante delito

Como já demonstrado, ressalvada a hipótese de se tratar de decisão direta e exclusiva do Comandante (autoridade originária), a prisão em flagrante delito é um ato complexo, porquanto seu aperfeiçoamento ocorre da mesma forma que no IPM em que se verificam duas decisões: a da autoridade delegada (Oficial de serviço) primeiro e a da autoridade originária (o Comandante da Unidade) por último.

A natureza jurídica da prisão em flagrante delito como ato complexo se caracteriza pelo fato de que apenas a autoridade originária (o Comandante da Unidade e escalões superiores) tem o poder-dever de agir nos atos de polícia judiciária militar (art. 7º, CPPM), podendo esta delegar a outro Oficial da ativa que lhe seja subordinado a prática daqueles atos (§ 1º do art. 7º, CPPM), impondo a Lei ao Oficial de serviço ou que responda pela Unidade na ausência do Comandante que, enquanto aguarda a referida delegação, adote as medidas preliminares de PJM (§ 2º do art. 10), entre elas o de prender em flagrante delito o infrator, nos termos do artigo 244 do CPPM (art. 12, CPPM), cabendo, ao final do auto de flagrante delito, o exame de legalidade por parte daquela autoridade, a qual decidirá ao final o ato, tornando-o perfeito. Assim, se o Comandante homologar o APFD, a prisão será mantida, caso contrário, não. Daí os autos irão à

Justiça Militar cabendo ao Magistrado confirmar ou infirmar os atos praticados (art. 248, CPPM).

De se consignar que tanto a prisão efetuada contra o infrator quanto a sua ratificação, perante o PPJM, bem como o ato de homologação por parte da autoridade originária, são atos essencialmente administrativos e, por isso, praticados na caserna, configurando, no caso concreto, o ato complexo. Logo, cabível aqui a lição do renomado HELY LOPES MEIRELLES sustentando que ato complexo:

> é o que se forma pela conjugação de vontades de *mais de um órgão administrativo*. O essencial, nesta categoria de atos, é o concurso de vontades de órgãos diferentes para a *formação* de um ato único. Não se confunda *ato complexo* com *procedimento administrativo*. No ato complexo integram-se as vontades de vários órgãos para a obtenção de um mesmo ato; no procedimento administrativo praticam-se diversos atos intermediários e autônomos para a obtenção de um ato final e principal. Exemplos: a investidura de um funcionário é um ato complexo consubstanciado na nomeação feita pelo Chefe do Executivo e complementado pela posse e exercício dados pelo chefe da repartição em que vai servir o nomeado; a concorrência é um procedimento administrativo, porque, embora realizada por um único órgão, o ato final e principal (adjudicação da obra ou do serviço) é precedido de vários atos autônomos e intermediários (edital, verificação de idoneidade, julgamento das propostas), até chegar-se ao resultado pretendido pela Administração. Essa distinção é fundamental para saber-se em que momento o ato se torna perfeito e impugnável: o ato complexo só se aperfeiçoa com a integração de vontade final da Administração, e a partir deste momento é que se torna atacável por via administrativa ou judicial; o procedimento administrativo é impugnável em cada uma de suas fases, embora o ato final só se torna perfeito após a prática do último ato formativo. Advirta-se, ainda, que para a obtenção de um ato (simples ou complexo) pode haver necessidade de um

> procedimento administrativo anterior à sua prática, como ocorre nas nomeações precedidas de concurso. (*in* "Direito Administrativo Brasileiro", Malheiros, São Paulo, 2007, pág. 173).

Esquadrinhado que a prisão em flagrante delito[20], a ratificação da prisão por parte do Oficial PPJM e a homologação por parte da autoridade originária configuram ao ato administrativo complexo, vemos que há uma interdependência entre esses atos, porque vinculados, de forma que a prisão só estará aperfeiçoada se a autoridade originária decidir pela homologação, primazia que o CPPM estabelece para o Comandante examinar e decidir pela legalidade da prisão. Nesse sentido, a lição doutrinária:

Para DIÓGENES GASPARINI, homologação

> é o ato administrativo vinculado pelo qual a Administração Pública concorda com o ato jurídico praticado, se conforme com os requisitos legitimadores de sua edição. [...] Na homologação examinam-se os aspectos de legalidade. [...] (*in* "Direito Administrativa", São Paulo: Saraiva, 2012, p. 137).

Para HELY LOPES MEIRELLES, homologação

> é o ato administrativo de controle pelo qual a autoridade superior examina a legalidade e a conveniência do ato anterior da própria Administração, de outra entidade ou de particular, para dar-lhe eficácia. O ato dependente de homologação é inoperante enquanto não a recebe. Como ato de simples controle, a homologação não permite alterações no ato controlado pela autoridade homologante, que apenas pode confirmá-lo ou rejeitá-lo, para que a irregularidade seja corrigida por quem

[20] MIRABETE, J. F. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2001, p. 636.

> o praticou. [...] (*in* "Direito Administrativo Brasileiro", São Paulo: Malheiros, 2007, p. 191).

Para MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO, homologação

> é o ato unilateral e vinculado pelo qual a Administração Pública reconhece a legalidade de um ato jurídico. Ela se realiza *a posteriori* e examina apenas o aspecto de legalidade, no que se distingue da aprovação. (Direito Administrativo, São Paulo: Atlas, 2009, p. 230).

A abordagem aqui esposada evidencia, sob o prisma garantista, que se o infrator militar for autuado em flagrante delito apenas com a decisão do Oficial de serviço – e consequentemente sem a homologação da autoridade militar –, estará configurada no caso concreto a nulidade do ato, visto que a decisão do Comandante foi subtraída não só impedindo o aperfeiçoamento do ato complexo, mas tirando a possibilidade de o autuado ser colocado em liberdade por decisão do Comandante da Unidade.

É inafastável tal conclusão, visto que, na hipótese da apresentação do preso conduzido diretamente ao próprio Comandante (autoridade originária) e de este apreciar o fato e pessoalmente resolver ratificar a prisão, autuando o preso, não haverá nenhum prejuízo processual, porquanto não houve delegação do ato já que a decisão emanou da própria autoridade competente (originária) tornando o APFD perfeito. Por outro lado, se no APFD deixar de ser apreciada e lançada a decisão da autoridade originária (Comandante), isso gera evidente prejuízo processual ao preso, o qual poderia obter da autoridade uma decisão que lhe fosse favorável, ou seja, a relaxamento da prisão. Logo, sem a homologação no APFD, cremos, haverá a nulidade do ato da prisão.

2.4 Da ordem de preferência para a autuação em flagrante delito

Não se deve descurar, no exame da matéria, que o CPPM estabelece uma ordem de preferência de autoridades que irão decidir sobre a prisão em flagrante delito, *in verbis*:

> Lavratura do auto
> Art. 245. Apresentado o preso ao comandante ou ao oficial de dia, de serviço ou de quarto, ou autoridade correspondente, ou à autoridade judiciária, será, por qualquer deles, ouvido o condutor e as testemunhas que o acompanharem, bem como inquirido o indiciado sobre a imputação que lhe é feita, e especialmente sobre o lugar e hora em que o fato aconteceu, lavrando-se de tudo auto, que será por todos assinado.

Desse modo, se o próprio Comandante (art. 7º do CPPM) examina e decide a questão, aqui não há de se falar em homologação, pois é a própria autoridade originária quem está decidindo.

No entanto, se o Comandante estiver ausente (como por exemplo, estiver fora do expediente), então, a questão deverá ser examinada e decidida, primeiro, pelo Oficial de serviço ou autoridade correspondente que responda na ausência do Comandante, de forma que se houver a ratificação da prisão do infrator conduzido, deve ser lavrado o APFD, mas este ainda dependerá, para ficar aperfeiçoado, do despacho do Comandante (autoridade originária), o qual poderá homologar a prisão lavrada, ou, pelo contrário, discordar dela, relaxando-a. Essa possibilidade, por si só, já justifica a nulidade do APFD se subtraída a decisão do Comandante (homologação).

Para melhor compreensão, ilustramos com um exemplo. Um militar foi surpreendido e preso por uma patrulha recebendo propina de um

civil na via pública em virtude de suas funções, a qual foi exigida no dia anterior. Uma vez conduzido o preso ao Oficial de serviço, este entendeu que a prisão em flagrante delito estava correta, nos termos do artigo 305 do Código Penal Militar, e lavrou o APFD. Terminado este, necessariamente os autos foram ao Comandante da Unidade (o qual foi acionado em virtude da prisão realizada enquanto na sua ausência) e essa autoridade – originária – entendeu de modo diverso do Oficial de serviço, ou seja, entendeu que o fato não constituiu flagrante delito, pois o crime praticado pelo autuado é de natureza formal e o tipo penal se consuma quando da exigência e não quando do recebimento da propina. Por fim, decidiu o Comandante relaxar a prisão, nos termos do artigo 247, § 2º, do CPPM.

Note que, nesse caso, deverá o Comandante lançar termo no APFD, com a sua decisão de relaxamento da prisão resolvendo a questão. Na sequência, os autos seguirão à Justiça Militar para que o Juiz decida se confirma ou se infirma os atos praticados no APFD, nos exatos termos da dicção do artigo 248 do CPPM:

> Registro das ocorrências
> Art. 248. Em qualquer hipótese, de tudo quanto ocorrer será lavrado auto ou termo, para remessa à autoridade judiciária competente, a fim de que esta confirme ou infirme os atos praticados.

Mais uma vez, verifica-se que o CPPM, expressamente, exige a homologação dos atos de PJM no APFD, deixando ao Comandante – como ocorre no IPM – o poder de decidir a questão e, no caso do APFD, relaxar a prisão.

A Lei não contém palavras inúteis, de forma que caberá ao Juiz no exame do APFD verificar qual decisão foi a mais acertada: se a decisão

de prender o infrator pelo Oficial de serviço, ou a decisão de relaxar a prisão, por parte do Comandante, daí confirmando-a ou infirmando-a.

Dessa garantista norma do CPPM, afinada com a necessidade de a autoridade originária decidir a questão (autoridade competente), encontramos implementado o princípio do devido procedimento legal que é ínsito ao princípio do devido processo legal (art. 5º, inciso LIV, da CF), o qual dispõe: "LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Igualmente, a exigência de a decisão emanar da autoridade originária sobre a prisão do infrator no APFD no CPPM, quando esta for anteriormente decidida pelo Oficial de serviço (autoridade delegada), atende, por simetria, à exigência contida na Constituição Federal de a autoridade competente decidir sobre essa grave questão, inserta no artigo 5º, inciso LXI, da CF, *in verbis*:

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

Ora, os dois comandos constitucionais citados (art. 5º, LIV e LXI, CF) não nos deixam dúvida de que a prisão do infrator no APFD depende de ser observada, com rigor, a norma inserta no CPPM, de forma que onde há delegação (art. 7º, § 1º, art. 10, § 2º c.c. art. 12, alínea "c", CPPM) deve haver homologação por parte do Comandante (como também ocorre no IPM), e a prisão só poderá ocorrer quando a autoridade competente decidir, ou seja, no caso do CPPM, a autoridade originária (art. 7º do CPPM).

Parafraseando o Ministro do STF Celso de Mello, na abordagem do APFD no CPPM, há garantias jurídicas à pessoa do indiciado que devem ser observadas, de tal sorte que

> A unilateralidade das investigações preparatórias da ação penal não autoriza a Polícia Judiciária a desrespeitar as garantias jurídicas que assistem ao indiciado, que não mais pode ser considerado como mero objeto de investigações;
> O indiciado é sujeito de direitos e dispõe de garantias, legais e constitucionais, cuja inobservância, pelos agentes do Estado, além de eventualmente induzir-lhes responsabilidade penal por abuso de poder, pode gerar a absoluta desvalia das provas ilicitamente obtidas no curso da investigação policial. (RTJ – 168/896-897, Rel. Min. Celso de Mello);
> A advertência quanto às garantias na persecução penal (MS 23.576/DF, Rel. Min. Celso de Mello) consiste "que o respeito aos valores e princípios sob o qual se estrutura, constitucionalmente, a organização do Estado Democrático de Direito, longe de comprometer a eficácia das investigações penais, configura fator de irrecusável legitimação de todas as ações lícitas desenvolvidas pela Polícia Judiciária, pelo Ministério Público ou pelo próprio Poder Judiciário. [...];
> A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados, pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.";
> A eventual privação da liberdade pessoal do acusado requer, em consequência, que se lhe assegurem, em toda a sua plenitude, as garantias inerentes ao 'due process of law'. As virtualidades jurídicas que emergem da cláusula constitucional do devido processo legal não podem ser ignoradas pelo aplicador da lei penal, que deverá ter presentes – ao longo da 'persecutio criminis in judicio' – todos os princípios que forjados pela consciência liberal dos povos civilizados, proclamam, de um lado, a presunção de não-culpabilidade dos acusados e garantem, de outro, o irrestrito exercício,

> com todos os recursos e meios a ele inerentes, do direito de defesa, em favor daqueles que sofrem acusação penal. […].

E, por fim,

> A persecução penal, cuja instauração é justificada pela suposta prática de um ato criminoso, não se projeta nem se exterioriza, como uma manifestação de absolutismo estatal. A 'persecutio criminis' sofre os condicionamentos que lhe impõe o ordenamento jurídico. A tutela da liberdade representa, desse modo, uma insuperável limitação constitucional ao poder persecutório do Estado. [...] (Voto no HC 95.009/SP – STF). (Grifos nossos).

As garantias ao indiciado no APFD relativas às formalidades de sua prisão e à necessidade de homologação por parte do Comandante fortalece a autoridade deste, o qual, em uma instituição militar rigorosamente hierarquizada não deixa espaço para que sua decisão seja subtraída, devendo se afastar a interpretação equivocada de não se adotar aquelas garantias no APFD, até porque as garantias constitucionais e processuais do infrator se harmonizam com os direitos humanos insertos no Pacto de São José da Costa Rica (art. 7º), *in verbis*:

> 2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas.

Enfim, é inequívoco que o indiciado tem garantias constitucionais e legais que lhe devem ser asseguradas, em especial, no APFD, entre elas a do seu Comandante decidir, dando a última palavra no caso de sua prisão, pois, entre as formalidades da prisão e do seu devido

processo legal, inclui-se a necessidade de homologação quando existir delegação, sob pena de nulidade do ato.

2.5 Da relação jurídica decorrente do APFD

Não se deve olvidar que a partir do momento da lavratura do auto de prisão em flagrante delito, por ato de ofício da Administração Militar, quando configurada uma das hipóteses previstas no artigo 244 do CPPM, estamos sem dúvida, diante do estabelecimento necessário de relação jurídica decorrente da prática de atos de Polícia Judiciária Militar (PJM), envolvendo o Presidente do APFD (autoridade delegada) e o indiciado, numa relação jurídica – ainda que inquisitória – a qual enseja dever persecutório, por parte do primeiro, e garantias e direitos (constitucionais e legais) por parte do segundo, afora o fato de gerar entre o Presidente do APFD e a autoridade originária (o Comandante da Unidade), que é a autoridade competente para decidir a questão, uma relação de subordinação funcional e jurídica inerente aos atos de PJM (art. 7º, § 1º, c.c. art. 10, § 2º e art. 12, alínea "c", todos do CPPM) para o aperfeiçoamento do ato complexo, já examinado. A situação aqui é idêntica àquela que ocorre no IPM, pois tanto este (IPM) como aquele (APFD) são os procedimentos de PJM, portanto, de decisão exclusiva da autoridade originária, nos termos do artigo 7º do CPPM.

Aqui vale a lembrança de MONICA HERMAN SALEM CAGGIANO e EVANDRO FABIANI CAPANO[21], no artigo "As garantias processuais e constitucionais na persecução penal militar", no sentido de que a delegação no APFD alcança tão somente as atribuições do ato e nunca o próprio ato decisório de prisão. Em outras palavras, quem delega, decide.

[21] CAGGIANO, M. H. S. CAPANO, E. F. Op. cit. p. 120.

Explicando melhor. Imagine que um Sd PM pratique um crime militar. Um Sgt PM surpreende tal fato e dá voz de prisão ao subordinado e, a seguir, apresenta-o preso, com testemunhas, ao Oficial de Serviço. O fato ocorreu fora do expediente, de forma que o Oficial de Serviço – respondendo pela Unidade, em nome de seu Comandante, resolva ratificar a prisão em flagrante delito e autuar o infrator, lavrando o APFD. O Comandante, sabendo do fato, dirige-se até a Unidade e, após verificar as medidas de PJM adotadas pelo Oficial de Serviço (a realização do APFD), exercendo seu poder-dever para decidir a matéria, relaxa a prisão por entender que a situação não caracterizou flagrante delito (nos termos do artigo 247, § 2º, CPPM).

Ora, é inequívoco que, nesse caso, o Comandante (Ten Cel PM) do Presidente do APFD (um Tenente PM) tem o poder-dever de homologar ou não os atos de PJM realizados pelo Oficial que lhe é subordinado, vez que este agiu em seu nome, por delegação (art. 7º, § 1º, c.c. art. 10, § 2º e art. 12, alínea "c", todos do CPPM) e há indubitavelmente uma relação jurídica de subordinação entre a autoridade delegada e a autoridade originária que deve ser observada para garantia de aperfeiçoamento da prisão. Logo, se no exercício do seu poder-dever, para decidir a matéria, e após realizado o APFD, resolva relaxar a prisão, por entender que a situação não configurou o flagrante delito, essa garantia ao infrator não pode ser afastada, pois entre o seu Presidente (no nosso exemplo o Ten PM) e o Comandante da Unidade existe uma relação jurídica de dependência. Pensar diferente é interpretar de maneira obtusa a lei, é negar a existência dessa relação jurídica que, como dito, decorre da lavratura do APFD. Prova disso é a eloquente norma do artigo 248 do CPPM que estabelece que, na divergência de posições entre o Presidente do APFD (autoridade delegada) e o Comandante

da Unidade (autoridade originária), prevalecerá, indubitavelmente, esta e os autos, após o registro formal, seguirão ao Juiz, o qual poderá confirmar ou infirmar os atos praticados, ou seja, cabe ao Juiz decidir qual daquelas duas autoridades decidiu de maneira correta.

A não observância e o não adimplemento da garantia dessa relação jurídica implica violação à garantia da liberdade, viciando de maneira absoluta a prisão, pois, se não houver a homologação do Comandante da Unidade no APFD, a nosso sentir, haverá violação ao *due process of law*, diante da dicção do art. 5º, inciso LIV, da CF, *in verbis*: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

2.6 Do direito subjetivo à homologação do comandante no APFD

Roborando o que se falou no sentido de fundamentar a validade do APFD de crime militar com a homologação do Comandante da Unidade (autoridade originária) hierarquicamente superior ao Presidente do APFD (autoridade delegada), nos termos do artigo 245 do CPPM, constataremos que a homologação no APFD – assim como ocorre no IPM – é uma questão de direito subjetivo, é uma questão de validade daquele procedimento.

O direito subjetivo, como leciona MIGUEL REALE – citando Del Vecchio e Kelsen –, lastreado na teoria pura do direito do último, "não é senão uma expressão do dever jurídico, ou, por outras palavras, um reflexo daquilo que é devido por alguém em virtude de uma regra de direito. [...]" E complementa: "A essa luz, o direito subjetivo não é mais que a subjetivação do direito objetivo, ou, nas palavras do próprio

Kelsen, 'o poder jurídico outorgado para o adimplemento de um dever jurídico' ".[22]

Seguindo essa linha, MIGUEL REALE, abordando a posição de Kelsen e de Duguit, sustenta como essência do Direito a sua realizabilidade garantida, ou seja, o exercício de um direito não tem uma conformação meramente descritiva ou formal, mas representa uma visão antecipada de comportamentos efetivos, aos quais é conferida uma garantia.[23] Para o notável jurista, o titular de um direito subjetivo pode ou não deixar de praticar o direito, enquanto que o titular do poder não pode deixar de garantir aquele direito.[24]

Transportando as conclusões do direito subjetivo ao APFD, enquanto ao indiciado pode ele resistir ou não ao cerceamento de sua liberdade – como titular de um direito que tem –, às autoridades de PJM – delegada e originária –, que são titulares do poder, cabe o poder- dever de garantir o direito daquele (a liberdade), não deixando, cada qual, de realizar as funções de sua competência, pois estas não são disponíveis.

A evolução dessas ideias irá desembocar na seara dos direitos públicos subjetivos – onde se encontra a liberdade do cidadão –, os quais, leciona MIGUEL REALE que "o reconhecimento de direitos públicos subjetivos, armados de garantias eficazes, constitui uma das características basilares do Estado de Direito, tendo eles como fundamento último o valor intangível da pessoa humana [...]".[25]

---

[22] REALE, M. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1983, pp. 254/255.
[23] REALE, M. Ob. cit. pp. 256/257.
[24] REALE, M. Ob. cit. p. 260.
[25] REALE, M. Ob. cit. p. 271.

Assim, ao Estado-administração cabe, por meio dos atos de PJM na persecução penal, a realização dos atos unilaterais e inquisitivos, todavia, garantindo-se ao preso ou indiciado os seus direitos constitucionais e legais, entre eles, o da formalização do procedimento legal devido, inclusive lançando-se no APFD a decisão da autoridade originária quando aquele for praticado por Oficial de Serviço subordinado (autoridade delegada).

A prisão do cidadão e, em especial, a prisão em flagrante delito, é disciplina hoje com fundamento constitucional (art. 5º, LXI, CF) e deve, a nosso ver, ser realizada sob os cânones constitucionais e legais do devido processo legal, de forma que apenas a autoridade competente é que pode implementá-la, no caso a autoridade originária de PJM (o Comandante da Unidade) e não singularmente o Oficial subordinado àquele, o qual age por delegação, sob pena de ser inválida.

Nesses termos, sustentamos que a garantia da decisão do Comandante no APFD, portanto, ao autuado no APFD de crime militar, deve ser assegurada no devido processo legal de cerceamento de sua liberdade (art. 5º, LIV c.c LXI, da CF), nos termos do artigo 247, § 2º, do CPPM, para validade e legitimidade da prisão decretada pela Polícia.

2.7 Dos vícios do auto de prisão em flagrante delito

Em nosso sistema normativo, os vícios na prisão em flagrante delito culminam na invalidação do ato constritivo. O procedimento do auto de flagrante é um procedimento solene e rígido, o qual exige das autoridades que o realizam o estrito cumprimento das formalidades legais e constitucionais.

Dispõe assim a Constituição Federal que a prisão ilegal será relaxada pelo Juiz (art. 5º, LXV, CF) e no mesmo sentido o CPPM (art. 224), todavia, ainda reserva à autoridade militar originária o relaxamento da prisão (art. 247, § 2º, CPPM), de forma que o nosso ordenamento jurídico impõe formalidades que devem ser, peremptoriamente, observadas na prisão e na sua lavratura, sob pena de relaxamento.

A posição encontra abono na lição de JULIO FABBRINI MIRABETE[26], o qual esclarece que

> O inquérito policial, em síntese, é mero procedimento informativo e não ato de jurisdição e, assim, os vícios nele acaso existentes não afetam a ação penal a que deu origem. A desobediência a formalidades legais pode acarretar, porém, a ineficácia do ato em si (prisão em flagrante, confissão etc.). […].

A jurisprudência segue no mesmo sentido:

> STF: A eventual existência de irregularidade formal na lavratura do auto de prisão em flagrante, ainda que possa descaracterizar o seu valor legal como instrumento consubstanciador da coação cautelar – impondo, em consequência, quando reais os vícios registrados, o próprio relaxamento da prisão – não se reveste, por si só, de eficácia invalidatória do subsequente processo penal de conhecimento e nem repercute sobre a integridade jurídica da condenação penal superveniente decretada. (JSTF 223/362).

Nesse sentido também é a lição de DENILSON FEITOZA PACHECO[27]:

> As formalidades da prisão em flagrante devem ser obedecidas, tanto em relação à efetivação dos direitos

[26] MIRABETE, J. F. *Código de Processo Penal Interpretado*, São Paulo: Atlas, 2001, p. 89.

[27] PACHECO, D. F. *Direito Processual Penal*. Niterói/RJ: Impetus, 2005, p. 997.

> constitucionais do preso em flagrante quanto à documentação que deve ser feita, sob pena de, não sendo observadas, a prisão ser considerada ilegal e isso acarretar o relaxamento da prisão em flagrante.
> Essa relativa rigidez no cumprimento das formalidades legais ocorre porque o estado normal do indivíduo é a liberdade (art. 5º, *caput*, CR), do que decorre que essa medida de exceção, que é a privação de liberdade, seja feita dentro dos limites legais.

Assim, a prisão em flagrante delito realizada pelo Aspirante-Oficial, e não pelo Oficial, como estampa a norma do artigo 245 do CPPM, ainda que esteja ele na função de Oficial de Serviço como Oficial de Dia, viola flagrantemente a formalidade da lei e invalida o APFD, pois a decisão daí decorrente não se sustenta por ser lavrada por autoridade incompetente. O Aspirante-Oficial é praça especial e não se confunde com o *status* de Oficial de acordo com a legislação militar.

A inversão da ordem de oitivas determinada no artigo 245 do CPPM configura a invalidação e nulidade do APFD. Assim, o primeiro a ser ouvido é o condutor, depois as testemunhas e, por último, o indiciado (RT 489/380). O ofendido, desde que possível, deve também ser ouvido, e a nosso ver, após o condutor (quando não seja ele próprio) e antes das testemunhas, questão essa que também foi adotada pelo TJM/SP em orientação normativa no APFD (art. 2º, III, do Provimento 002/2005-CG, de 9.9.2005).

A ausência de quaisquer garantias constitucionais quando da prisão; a ausência de comunicação da prisão imediata ao juiz, à família ou a pessoa indicada pelo preso; a não observância do direito de permanecer calado e ser assistido por sua família ou por advogado; a falta de identificação dos agentes que o prenderam ou o interrogaram

(art. 5º, incisos LXII a LXIV, CF) configuram a invalidação e são causas do relaxamento da prisão em flagrante delito.

No entanto, há de se reconhecer que os direitos constitucionais do preso são direitos subjetivos públicos, de forma que cabe à autoridade policial, que é titular do poder-dever, como vimos anteriormente, garantir aqueles direitos do preso, que é o titular dos direitos, mas que pode até não querer exercê-los. Nesse sentido, a jurisprudência:

> **STJ**: A Constituição da República visa a resguardar o *status libertatis*, ensejando a pessoa de confiança do preso o conhecimento do fato, a fim de, diante de qualquer ilegalidade, ser afrontado o vício jurídico. A participação imediata do juiz competente é impostergável. A comunicação à família ou a pessoa pelo preso indicada configura direito público, subjetivo. A interpretação, porém, deve ser finalística. Pode ocorrer que o preso não tenha interesse, ou mesmo não deseje que tal aconteça. Urge respeito à intimidade. Se terceira pessoa, ainda que estranha à família, ou pelo preso indicada, intervier, e de modo eficaz compensar a ausência de alguém do rol constitucional, suprida está a situação jurídica. Exemplificativamente, a presença do defensor. (RSTJ 27/124);
> **TACRIM**: Prisão em flagrante. Ausência de assistência familiar e presença de Advogado no momento da lavratura do auto. Nulidade. Inocorrência. Inocorre nulidade no auto de prisão em flagrante em que o acusado não conta, no momento do ato, com a presença de familiares e de Advogado, desde que informado de seus direitos constitucionais. (RJDTACRIM 35/286).
> **TACRIM/SP**: A Constituição Federal não impõe que o flagrante seja assistido por advogado ou pelos familiares do detido, apenas a ele assegurando, se assim desejar, o exercício de tal direito. Desta forma, não há nulidade do flagrante se, uma vez cientificado de seus direitos, o próprio acusado não indica o nome do advogado ou dos familiares a serem avisados de sua prisão. (RT 692/280).

Nesse passo, configuram nulidade: a falta de assinatura da autoridade competente e das pessoas ouvidas no auto; a falta de homologação do APFD por parte do Comandante; a falta da entrega da nota de culpa ao infrator preso; a extrapolação do prazo do APFD além das 24 horas após a prisão; a falta do envio dos autos a Juízo imediatamente à autuação; e qualquer outra inobservância da forma legal e substancial taxada pelo legislador.

Questão prática é saber se o APFD deve ser realizado em texto corrido ou pode ser realizado em texto fracionado. A questão surge porque o CPPM, que é taxativo, estabelece que o texto deve ser contínuo e ininterrupto, ou seja, sem fracionamentos, de forma que todas as pessoas ouvidas no referido auto deverão assiná-lo ao final (art. 245, CPPM), ao passo que, diversamente, o artigo 304 do CPP Comum, alterado pela Lei 11.113/05, estabeleceu o fracionamento dos depoimentos e consequentemente a assinatura ao final de cada termo, não precisando as pessoas ouvidas permanecerem no local da autuação até a oitiva do indiciado para depois, em conjunto, efetuarem as assinaturas, tudo ao final da autuação.

Note-se que, antes do advento da Lei 11.113/05, a redação do dispositivo do artigo 304 do CPP Comum era semelhante à prevista no artigo 245 do CPPM.

Assim, diante dessa questão, nosso posicionamento é pelo acatamento à formalidade do CPPM, diante do princípio da legalidade e da especialidade, de forma que, se inexiste lacuna, incabível a aplicação da legislação comum, nos termos do artigo 3º do CPPM. Violar o comando do artigo 245 do CPPM, quanto ao termo único do APFD, substituindo-o pela nova disposição do artigo 304 do CPP Comum, a

nosso entendimento, configura falta de formalidade capaz de invalidar o APFD.

As razões que levaram o legislador a mudar a norma de se colher os depoimentos das pessoas no APFD, substituindo o auto inteiriço pelo auto fracionado, não alcançam o procedimento taxativo do CPPM, de forma que a violação deste configura violação do devido processo legal e, portanto, nulidade absoluta.

É pacífico na doutrina que o APFD é um procedimento *ad solemnitatem*, de forma que a inobservância das formalidades instituídas pelo legislador configura a sua invalidação e, por conseguinte, o relaxamento da prisão.

Em relação ao procedimento fracionado de oitivas no APFD, instituído pelo artigo 304 do CPP Comum, o TJM/SP baixou orientação normativa no APFD, consubstanciado no art. 2º do Provimento 002/05 – CG, de 9.9.2005.

Em relação à falta de homologação, o TJM/SP igualmente na referida orientação normativa dispensou a formalidade da homologação do Comandante, quando o APFD seja realizado por Oficial subordinado àquele (art. 3º, § 3º, do Provimento 002/05 – CG, de 9.9.2005).

Entendemos que a orientação normativa do TJM/SP, adotada pelo mencionado Provimento 002/05, o qual foi publicado no Diário Oficial do Estado nº 171, de 12 de setembro de 2005, e no de nº 173, de 14 de setembro de 2005, é uma boa iniciativa, todavia, sua validade é de alcance restrito e não vinculatório, pelos seguintes e resumidos

motivos: primeiro, porque a orientação normativa não tem o condão de alterar a lei; segundo, pelo fato de que referida orientação normativa não é vinculante, seja porque foi baixada pelo Corregedor-Geral da Justiça Militar Estadual sem fundamento no CPPM, seja porque o Corregedor-Geral do Tribunal não é o autêntico intérprete da lei; terceiro, pelo fato de que a citada orientação normativa visou uma padronização dos procedimentos de Polícia Judiciária Militar, fato este que, não sendo lei, não impõe a sua obrigação (art. 5º, inciso II, CF). Logo, nos dois pontos aludidos (fracionamento dos depoimentos e desnecessidade de homologação), a nosso ver, a iniciativa do TJM/SP não traz qualquer obstáculo ao aqui sustentado, vez que, como interpretação imposta, foi contra *legem*.

2.8 Da decisão de não prender em flagrante delito

A questão deve ser dividida em dois momentos pré-processuais: um relativo à decisão do militar que surpreenda outro militar na prática de crime militar numa das circunstâncias do artigo 244 do CPPM; e outra, relativa à apresentação do infrator preso que é conduzido até a presença do Comandante ou do Oficial de serviço na ordem estabelecida no artigo 245 do CPPM.

Na primeira hipótese, ou seja, quando o militar se depara com a flagrância do crime militar, o artigo 243 do CPPM é impositivo e não deixa dúvida de que o infrator deve ser preso; na segunda hipótese, a autoridade militar (originária ou delegada) deve apreciar a situação que lhe é apresentada e, se sua convicção for a de que realmente houve o flagrante delito, a prisão também deve ser impositiva, a teor do artigo 245 do CPPM.

No entanto, cabe aqui uma ressalva, pois, se foi o Oficial de Serviço que decidiu pelo APFD na ausência do Comandante de sua Unidade, ao final do procedimento, a autoridade originária (Comandante) pode tomar uma decisão distinta daquele, nos termos do artigo 247, § 2º, do CPPM. Assim, também a este último recai o dever de prender se e quando sua convicção também for no sentido de reconhecer ter havido o flagrante delito.

A questão que surge nesse ambiente é se o infrator – surpreendido na situação de flagrante delito – deve sempre ser preso ou não. A resposta é positiva, todavia, comporta esclarecimentos. A apreciação da situação e o reconhecimento da configuração ou não do flagrante delito é subjetiva e deve ser capaz de influir na convicção da autoridade militar (originária ou delegada). Há, portanto, nessa decisão uma margem de discricionariedade, daí que, em determinadas situações, havendo dúvida quanto a situação delituosa ser caso de flagrante delito ou não, haverá ensejo à determinação para o registro do fato apenas para fins de IPM.

Como o APFD é uma medida de exceção, por restringir o direito fundamental à liberdade do cidadão, é de se exigir que a situação que autorize aquela medida implique seguramente numa das quatro hipóteses previstas pelo legislador (art. 244, CPPM), caso contrário restará configurado abuso a prisão e ocasionará o seu relaxamento. Nesse sentido, já decidiu o STJ:

> STJ: PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. PRISÃO EM FLAGRANTE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA DE FUGA E DE PERSEGUIÇÃO. PRISÃO EFETIVADA NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO, NO MOMENTO EM QUE ESTAVA DORMINDO. SITUAÇÃO NÃO PREVISTA NO ART.

> 302 DO CPP. RELAXAMENTO DA PRISÃO. ORDEM CONCEDIDA.
> 1. Não caracteriza flagrante impróprio a hipótese em que o suposto autor do delito é encontrado dormindo em sua residência por agente policial em diligências, porquanto o inciso III do art. 302 do Código de Processo Penal pressupõe que o agente, após concluir a infração penal, ou ser interrompido por terceiros, empreenda fuga, e seja, logo após, perseguido pela polícia, pela vítima ou por qualquer do povo.
> 2. "A prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária" (art. 5º, inciso LXV, da Constituição Federal).
> 3. Ordem concedida para relaxar a prisão do paciente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada a custódia cautelar, com base em fundamentação concreta. (STJ – 5ª T. – RHC 20298/SP – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – J. 20.5.2008).

Em decorrência desse quadro fático que enseja uma margem discricionária da autoridade militar para decidir se prende ou não, de acordo com as circunstâncias do fato, cabe àquela discernir e avaliar se o fato que lhe é apresentado configura ou não o flagrante delito. Logo, é de se afastar a prática de crime funcional de prevaricação quando, por convicção, a autoridade militar decida não prender. Nesses termos, a jurisprudência:

> TACRSP: [...] Inocorre o delito do art. 319 do CP, na conduta de Delegado de Polícia que deixou de lavrar auto de prisão em flagrante de acusado que nessa situação se encontrava, iniciando somente o Inquérito Policial, pois a regra da lavratura do auto de prisão em flagrante em situações que o exijam, não é rígida, sendo possível certa discricionariedade no ato da Autoridade Policial, que pode deixar de fazê-lo em conformidade com as circunstâncias que envolvem cada caso. (RDJTACRIM 51/193).
> TACRSP: Para a configuração do crime previsto no

> art. 319 do CP é indispensável que o ato retardado ou omitido se revele contra disposição expressa de lei, inexistindo norma que obrigue o Delegado de Polícia autuar em flagrante todo cidadão apresentado como autor de ilícito penal, considerando seu poder discricionário, não há se falar em prevaricação. (RT 728/540) – (g.n.).
> TACRSP: A autoridade policial goza de poder discricionário de avaliar se efetivamente está diante de notícia procedente, ainda que em tese e que avaliados perfunctoriamente os dados de que dispõe, não operando como mero agente de protocolo, que ordena, sem avaliação alguma, flagrantes e boletins indiscriminadamente (RJTACRIM 39/341) – (g.n.).
> TACRSP: Compete privativamente ao delegado de polícia discernir, dentre todas as versões que lhe sejam oferecidas por testemunhas ou envolvidos em ocorrência de conflito, qual a mais verossímil e, então, decidir contra quem adotar as providências de instauração de inquérito ou atuação em flagrante. Somente pode ser acusado de se deixar levar por sentimentos pessoais quando a verdade transparecer cristalina em favor do autuado ou indiciado e, ao mesmo tempo, em desfavor daquele que possa ter razões para ser beneficiado pelos sentimentos pessoais da autoridade (RT 622/296-7). No mesmo sentido, TACRSP: RT 679/351, JTACRIM 91/192.

Outra questão que surge nessa seara é se a conduta daquele que age sob o manto de uma excludente de ilicitude deve ensejar a prisão em flagrante delito, como, por exemplo, na hipótese do policial militar de serviço, no atendimento de ocorrência, ser alvo de emboscada e ser recebido a tiros, ocasião em que, numa reação de legítima defesa, tira a vida de um dos infratores.

A matéria, a nosso ver, impõe uma resposta negativa, ou seja, se o militar agiu sob a justificativa da excludente de ilicitude ou de criminalidade, não há de se falar em crime. Logo, se não há crime, por consequência, também não há de se falar em prisão em flagrante delito.

Nesses casos, portanto, a autoridade militar (delegada ou originária), se convencida de que houve a excludente de ilicitude, devidamente comprovada no caso, não deve efetuar a prisão em flagrante delito, pois, pensar o contrário seria admitir-se o arbítrio, ou seja, a prisão de quem não cometeu crime. Igualmente, não deve existir a prisão em flagrante delito nos casos de atipicidade do fato. Ressalva-se, contudo, que a desnecessidade da prisão em flagrante não elide a necessidade da instauração de IPM para detalhada apuração dos fatos, afinal, em que pese amparado por excludente de ilicitude, houve um fato penalmente relevante de investigação mais apurada.

Outra situação que impede também a prisão em flagrante delito é a existência de exclusão de culpabilidade (obediência hierárquica ou coação irresistível).

Nessa linha, de que tanto a excludente de ilicitude como a exclusão de culpabilidade impedem a prisão, há também a concordância de CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES[28], o qual assim se posiciona:

> À guisa de exemplo, a prisão em flagrante delito não deve ocorrer quando a autoridade de polícia judiciária verificar a *patente* existência de causa excludente da antijuridicidade (ilicitude), como a legítima defesa (art. 44 do CPM). [...]

Em todas as situações que a prisão em flagrante não for realizada, haverá a necessidade do registro do fato para apuração mediante IPM.

[28] NEVES, C. R. C. *Manual de Processo Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2014, pp. 304/306.

Entendemos, pois, que o CPPM expressamente autoriza a autoridade militar (originária ou delegada) a relaxar a prisão em flagrante delito se houver a verificação de manifesta inexistência de infração penal militar ou a não participação no crime da pessoa conduzida (§ 2º do art. 247, CPPM).

2.9 Da manutenção da prisão em flagrante delito

Uma vez realizada a prisão em flagrante delito – e após ratificada a prisão pela autoridade militar, mediante o APFD –, há de se perquirir qual a justificativa para a sua manutenção.

Sem embargo da prisão em flagrante permitir a repressão imediata da infração penal militar, assegurando não só que o infrator se exima da prisão, mas também o aproveitamento da prova do delito que está ocorrendo ou acabou de ocorrer, há de se reconhecer, como vimos anteriormente, que a prisão em flagrante tem natureza cautelar, de forma que imperioso se aferir a necessidade para sua manutenção.

É o que esposamos no artigo "A justificativa para a manutenção da prisão em flagrante delito"[29], de maneira que cabe ao Juiz verificar no APFD se há justificativa para a necessidade de manutenção dessa prisão, isto é, se existe pelo menos uma circunstância que autorize a prisão preventiva (art. 255, CPPM). Essa nos parece a posição que compatibiliza a prisão em flagrante delito diante da garantia constitucional da liberdade, a qual, quando restringida, pode ser restaurada mediante o instituto da liberdade provisória.

[29] ROTH, R. J. ***A justificativa para a manutenção da prisão em flagrante delito***. Revista "Direito Militar", Florianópolis: AMAJME, nº 63, pp. 10/16.

Nesse ponto, é importante que a autoridade militar ao efetuar o relatório no APFD não deixe de mencionar se a prisão em flagrante delito recomenda a sua manutenção, indicando, para tanto, circunstância(s) que torne(m) necessária a prisão preventiva (art. 27 c.c. art. 22, CPPM).

3 DA CONCLUSÃO

O preso ou o indiciado na fase da persecução penal na Polícia é sujeito de direitos e deve ter, assim, asseguradas as garantias constitucionais e processuais correspondentes.

Assim, no Estado Democrático de Direito, cabe ao Estado assegurar ao preso ou indiciado aquelas garantias, sob pena de invalidação da prisão realizada, a qual se tornará arbitrária.

A Polícia Judiciária Militar (PJM) tem fundamento constitucional (art. 144, § 4º, *in fine,* CF) e é estruturada no CPPM perfazendo um único sistema, competindo a este, entre outras atribuições, a repressão do crime militar. Esse sistema é realizado pelo IPM, pelo APFD, pela IPI e pela IPD.

A medida de legitimação da prisão de uma pessoa ocorre mediante a legalidade do ato, envolvendo uma das hipóteses do artigo 244 do CPPM e a aferição de que todas as garantias ao preso lhe foram conferidas – as constitucionais e as processuais –, inclusive assegurando-se, sob o devido procedimento legal, que a decisão correlata seja exarada pela autoridade militar competente, sob pena daquela medida se tornar ilegal, ensejando, por consequência, o seu relaxamento.

Nenhum ato de Polícia Judiciária Militar é realizado sem que a autoridade militar originária (o Comandante, em nível de Batalhão e escalões superiores), nos termos do artigo 7º do CPPM, o pratique diretamente, ou o autorize mediante delegação a um Oficial subordinado (§ 1º do art. 7º, CPPM), ou homologue os atos praticados pelo Oficial de Serviço, quando este, agindo em nome daquele, adotou as medidas preliminares (§ 2º do artigo 10 c.c. art. 12, CPPM), inclusive a prisão em flagrante delito do infrator (art. 12, alínea "c", CPPM). Surge aí o ato complexo que é inerente ao exercício dos atos de PJM quando a autoridade militar dele não se encarregue de os praticar pessoalmente.

Portanto, a homologação do Comandante **é de rigor todas as vezes** que um Oficial de Serviço agir em nome daquele por delegação, sob pena do ato complexo não se implementar, ficando, dessa forma, inválido. (página 36).

É por isso que no IPM, depois do relatório do Encarregado, há a solução por parte da autoridade militar originária e que delegou aquelas investigações (art. 22, § 1º, CPPM).

Todas essas prescrições legais alcançam também o APFD, especialmente quando este substitua aquele, nos termos do artigo 27 do CPPM, em que igualmente deverá haver o relatório da autoridade militar. Aqui novamente vale registrar que, se a própria autoridade militar originária não o realizar, haverá necessidade de sua homologação para a prisão do infrator ser efetivada.

Há assim uma relação jurídica inequívoca, quando da prática dos atos de PJM, entre as autoridades que nele irão atuar: seja entre autoridade

militar originária e o infrator, seja entre autoridade originária e autoridade delegada e infrator; estabelecendo a CF e o CPPM às autoridades o dever de adotar medidas e garantir direitos ao infrator, sendo em que parte destes há um rol de direitos subjetivos que deverão ser garantidos pelas autoridades que irão atuar no APFD, permitindo ao infrator a *facultas agendi* em exercê-los, como é o caso do direito ao silêncio, a indicação de um advogado etc.

Assim, desse complexo de deveres por parte da autoridade militar (originária e delegada), garantias do infrator e os direitos subjetivos deste, não temos dúvida que a homologação no APFD, por parte da autoridade militar originária, é uma das garantias a serem observadas para sustentação válida e legítima do ato de prisão, quando esta for delegada a um Oficial subordinado àquela, nos termos do artigo 245 do CPPM.

Notamos que há uma ordem, peremptória, de autoridades sequenciais expressadas no artigo 245 do CPPM, de forma que, se o Comandante não efetuar diretamente a prisão e lavrar o APFD, necessariamente qualquer outra daquelas autoridades (delegadas), deverá fazê-lo, devendo, no entanto, submeter à apreciação daquele o APFD para fins de homologação da matéria, implementando o ato complexo, sob pena de invalidação daquele. Veja que, aqui, há no APFD a garantia ao preso de que sua prisão naquele procedimento só estará ultimada com a decisão lançada nele pela autoridade militar originária, que é a autoridade competente par tal, sob pena de nulidade do APFD.

A homologação no APFD, de um lado, torna o procedimento persecutório penal escorreito e garante que nele haverá a decisão da autoridade originária, sem prejuízo do que a autoridade delegada

(Oficial de Serviço) decidiu, como, por outro lado, não será necessária se a própria autoridade militar originária se ocupou de, pessoalmente, praticar os atos de PJM, no caso o APFD, salvaguardando assim que não se subtrairá a decisão da autoridade militar originária em prejuízo do preso.

Em relação aos vícios que podem contaminar o APFD, ocasionando, por consequência, o relaxamento da prisão, estão arrolados neste breve trabalho a ausência de homologação por parte da autoridade militar originária; a ausência de decisão por parte do Oficial de Serviço (excluindo-se aqui a atuação do Aspirante-a-Oficial); a ausência da entrega da nota de culpa; a inobservância do texto contínuo e corrido do APFD para só ao final as pessoas nele ouvidas assinarem, encerrando-o.

Ainda como poder discricionário da autoridade militar de polícia judiciária (originária ou delegada), a decisão diante da não ratificação da ordem de prisão ocorrerá, nos termos do CPPM, por uma das autoridades previstas no artigo 245 do CPPM, sempre que não ficar de todo caracterizado uma das hipóteses do flagrante delito (art. 244, CPPM), sempre que houver dúvida quanto à autoria do fato, não havendo que se efetuar a prisão do agente que agiu amparado por excludente de ilicitude, como no caso, por exemplo, da legítima defesa.

Por outro lado, para a manutenção da prisão em flagrante delito, num primeiro momento, deverá levar a autoridade militar que lavrou o APFD a lançar no relatório (autoridade delegada) e/ou solução (autoridade originária) a existência de circunstâncias que justifiquem aquela medida, especificando, se for o caso, pelo menos uma das circunstâncias justificadoras da prisão preventiva (art. 255, CPPM),

ou, caso contrário, fará jus o autuado à menagem-liberdade (art. 263, CPPM).[30] [31]

Enquanto a prisão do infrator é dever imposto aos militares em obediência à norma do artigo 243 do CPPM, a realização do APFD não deve ser um ato mecânico, automático, impositivo, mas deve exigir da autoridade militar de Polícia Judiciária que o aprecie juridicamente e nele atue, assim como a comprovação de que o fato, seguramente, se constituiu em flagrante delito, de que inexiste causa excludente de ilicitude, garantindo-se ao preso os seus direitos constitucionais e processuais e não olvidando em impedir que vícios permeiem aquele procedimento, pois só assim, no Estado Democrático de Direito, estaremos alcançando o respeito à dignidade humana nesse ato constritivo.

REFERÊNCIAS

ASSIS, A. *Constituição Federal. 20 anos:* observância do devido processo legal na formação dos atos administrativos, Coordenada por Ives Gandra Martins e Franscisco Rezek, São Paulo: RT, 2008.

CAGGIANO, M. H. S.; CAPANO, E. F. *Direito Militar – Doutrina e Aplicações:* as garantias processuais e constitucionais na persecução penal militar, Coordenada por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

LIMA, D. A. A competência delegada da Polícia Judiciária Militar. *Revista Direito Militar*. Florianópolis: AMAJME, n. 13, 1998.

[30] ROTH, R. J. *A menagem in* "Temas de Direito Militar", São Paulo: Suprema Cultura, 2004, pp. 145/149.

[31] ROTH, R. J. *Menagem: Forma de prisão ou liberdade provisória? in* "Temas de Direito Militar", Suprema Cultura: São Paulo, 2004, pp. 151/174.

LIMA, R. B. *Manual de Processo Penal.* Vol. I, Niterói/RJ: Impetus, 2012.

MIRABETE J. F. *Código de Processo Penal Interpretado*. São Paulo: Atlas, 2001.

MIRABETE J. F. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2006.

MARQUES, J. F. *Elementos de Direito Processual Penal*. Vol IV, Campinas/SP: Milleninium, 2000.

MARTINS, I. G. *Constituição Federal. 20 anos: Direitos e Garantias Fundamentais.* Coordenada por Ives Gandra Martins e Franscisco Rezek, São Paulo: RT, 2008**.**

MELLO, C. A. B. *Curso de Direito Administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

NERY JUNIOR, N. *Constituição Federal 20 anos*: *Público vs. privado?*: A natureza constitucional dos direitos e garantias fundamentais. Coordenada por Ives Gandra Martins e Franscisco Rezek, São Paulo: RT, 2008.

PACHECO, D. F. *Direito Processual Penal*. Impetus, Niterói/RJ, 2005.

NEVES. C. R. C. *Manual de Processo Penal Militar.* São Paulo: Saraiva, 2014.

REALE, M. *Lições Preliminares de Direito*. São Paulo: Saraiva, 1983.

ROTH, R. J. *Temas de Direito Militar: A menagem.* São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

ROTH, R. J. *Temas de Direito Militar: Menagem: for*ma de prisão ou liberdade provisória? Suprema Cultura: São Paulo, 2004.

ROTH, R. J. A investidura para os atos de Polícia Judiciária Militar. *Revista Direito Militar.* Florianópolis,: AMAJME, n. 4, 1997.

ROTH, R. J. A justificativa para a manutenção da prisão em flagrante delito. *Revista Direito Militar*, Florianópolis: AMAJME, n. 63, 2007.

TOURINHO FILHO, F. C. *Processo Penal.* V. 1, São Paulo: Saraiva. 2009.

Crimes em licitações e contratos no âmbito das Forças Armadas: reflexões sobre a atual tipificação legal

Verônica Freitas Rodrigues Alves
Assessora jurídica do Gabinete do
Procurador-Geral de Justiça Militar

RESUMO: As Forças Armadas, assim como os demais órgãos da Administração Direta federal, contratam o fornecimento de bens, a prestação de serviços e a execução de obras com fulcro, fundamentalmente, na Lei nº 8.666/93. Não há dúvidas quanto à obrigatoriedade de observância dos dispositivos da referida lei no tocante ao procedimento licitatório e à formalização e execução dos contratos celebrados. Contudo, debate-se, na doutrina e na jurisprudência, sobre a possibilidade de aplicação dos tipos penais previstos na Lei nº 8.666/93 quando a conduta criminosa atingir patrimônio sob a administração militar. Nessa linha de pensamento, este artigo tem por propósito lançar uma reflexão sobre o tema, haja vista que o reduzido alcance da tipificação prevista no Código Penal Militar para tais condutas resulta, não raras vezes, em impunidade.

PALAVRAS-CHAVES: Licitação. Contratos administrativos. Patrimônio sob a administração militar. Crimes. Código Penal Militar. Lei nº 8.666/93. Competência jurisdicional.

ABSTRACT: The Armed Forces, as well as other agencies of the federal Direct Administration, contract the supply of goods, provision of services and the execution of works, with the fulcrum fundamentally in Law 8.666/93. There is no doubt about the obligation of compliance with the aforementioned law provisions regarding the bidding process and the formalization and execution of contracts. However, debate on the doctrine and case law on the applicability of the criminal offenses defined in Law 8.666/93 when the criminal conduct achieving equity under military administration. In this line of thinking, this article has the purpose to open discussions on the topic, given the limited scope of the proposed classification in the Military Penal Code for such conduct results, often, in impunity.

KEYWORDS: Bid. Government contracts. Assets under military administration. Crimes. Military Penal Code. Law 8.666/93. Jurisdiction.

SUMÁRIO: 1. Introdução – 2. Aplicação da Lei nº 8.666/93 à Administração Militar – 3. Tipificação legal – Código Penal Militar *versus* Lei 8.666/93 – 4. Natureza do crime e reflexos na competência jurisdicional – 5. Conclusão.

1 INTRODUÇÃO

As Forças Armadas realizam suas atribuições constitucionais e legais mediante a atuação das organizações militares, comumente conhecidas pela sigla "OM". Essas organizações estão inseridas na estrutura da Administração Pública federal e executam as despesas

públicas segundo as normas que regem os demais órgãos do Poder Executivo.

Desse modo, as organizações militares contratam o fornecimento de bens, a execução de serviços e de obras públicas mediante licitação, salvo quando a hipótese for de dispensa ou inexigibilidade. Para tanto, observam as regras gerais estabelecidas pela Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, e também as normas específicas – a exemplo da Lei nº 10.520/02, que regulamenta a modalidade licitatória denominada de pregão, e do Decreto nº 7.892, de 23 de janeiro de 2013, que regulamenta o Sistema de Registro de Preços.

Nessa linha de raciocínio, os militares que atuam na gestão de recursos públicos, seja como ordenadores de despesas, presidentes e membros de comissões de licitações, pregoeiros ou fiscais da execução contratual, o fazem como verdadeiros agentes públicos. É dizer, sob tal enfoque, não há distinção entre agentes públicos militares e civis.

Insta ressaltar que, no Brasil, lamentavelmente as contratações públicas são, muitas vezes, utilizadas como instrumento para a sangria dos cofres públicos e para o enriquecimento ilícito de servidores públicos e de pessoas físicas e jurídicas estranhas à Administração. Nesse sentido, com o objetivo de coibir a prática de condutas criminosas nessa seara, a Lei nº 8.666/93 estabeleceu uma Seção própria para os crimes e respectivas penas[1].

Por sua vez, o Código Penal Militar, Decreto-lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, possui, no rol de crimes contra o dever funcional,

[1] Seção III do Capítulo IV da Lei nº 8.666/93, artigos 89 a 98.

dois tipos penais que descrevem condutas violadoras de bens jurídicos tutelados pelas licitações públicas – artigos 327 e 328.

Observa-se que a tipificação existente no CPM é insuficiente, não apenas em número mas também em alcance, para disciplinar a imensa variedade de condutas ilícitas que ofendem diversos outros bens jurídicos que são preservados pela Lei nº 8.666/93.

Diante disso, este trabalho tem por objetivo lançar uma reflexão sobre o tema, tendo por pano de fundo a divergência jurisprudencial a respeito da matéria, a fim de se demonstrar que a atual tipificação do CPM dificulta e quase impossibilita a persecução penal dessas condutas na Justiça Militar da União.

2 APLICAÇÃO DA LEI Nº 8.666/93 À ADMINISTRAÇÃO MILITAR

Inicialmente, cumpre fazer uma breve digressão histórica sobre a utilização do instituto da licitação como instrumento para as contratações públicas. A primeira norma do ordenamento jurídico brasileiro a tratar sobre o tema foi o Decreto nº 2.926, de 14 de maio de 1862. Após isso, sucederam-se diversas normas disciplinadoras da matéria.

Entretanto, somente com o Decreto-Lei nº 2.300, de 21 de novembro de 1986, todas as normas gerais e especiais sobre licitação e contratos administrativos passaram a estar reunidas em um único diploma legal. Essa norma aplicava-se a toda a administração pública, direta ou indireta, federal, estadual ou municipal.

Posteriormente, já sob a égide da nova ordem jurídica estabelecida pela Constituição Federal de 1988, veio a lume a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, em vigor até os dias atuais, embora com diversas alterações.

O objeto e o alcance da Lei nº 8.666/93 estão delineados em seu artigo 1º e parágrafo único que assim dispõem:

> Art. 1º Esta Lei estabelece normas gerais sobre licitações e contratos administrativos pertinentes a obras, serviços, inclusive de publicidade, compras, alienações e locações no âmbito dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.
> Parágrafo único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Sob o prisma subjetivo[2], as Forças Amadas integram a Administração Pública direta na esfera federal. Desse modo, as contratações realizadas pelas organizações militares submetem-se aos preceitos estabelecidos pela Lei nº 8.666/93. Registre-se que se a modalidade licitatória utilizada for o pregão deverão ser observadas as normas da Lei nº 10.520/02, sem prejuízo da aplicação subsidiária da Lei nº 8.666/93.

Fixadas essas premissas básicas, indaga-se: todos os dispositivos da Lei nº 8.666/93 relativos ao procedimento para a realização de certames licitatórios, contratações por dispensa ou inexigibilidade de licitação, formalização e execução dos contratos administrativos devem ser observados no âmbito da administração militar? A resposta é positiva.

[2] De acordo com Maria Sylvia Zanella di Pietro, "pode-se definir Administração Pública, em sentido subjetivo, como o conjunto de órgãos e de pessoas jurídicas aos quais a lei atribui o exercício da função administrativa do Estado." (2009, p. 57).

Entretanto, é possível utilizar esse mesmo raciocínio no tocante aos crimes previstos na Lei nº 8.666/93 (arts. 89 a 98)? Nesse caso, a resposta não é tão simples e depende da análise de algumas premissas, o que passaremos a fazer a seguir.

3 TIPIFICAÇÃO LEGAL – CÓDIGO PENAL MILITAR *VERSUS* LEI 8.666/93

Antes do advento da Lei nº 8.666/93, as condutas ilícitas cometidas na realização de licitações e na celebração de contratos administrativos somente poderiam caracterizar crime se estivessem previstas no Código Penal. Este, por sua vez, possuía um escasso rol de tipos acerca de tal matéria:

> Art. 326 – Devassar o sigilo de proposta de concorrência pública, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:
> Pena – Detenção, de três meses a um ano, e multa.
> [...]
> Art. 335 – Impedir, perturbar ou fraudar concorrência pública ou venda em hasta pública, promovida pela administração federal, estadual ou municipal, ou por entidade paraestatal; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem:
> Pena – detenção, de seis meses a dois anos, ou multa, além da pena correspondente à violência.
> Parágrafo único – Incorre na mesma pena quem se abstém de concorrer ou licitar, em razão da vantagem oferecida.
> Art. 336 – Rasgar ou, de qualquer forma, inutilizar ou conspurcar edital afixado por ordem de funcionário público; violar ou inutilizar selo ou sinal empregado, por determinação legal ou por ordem de funcionário público, para identificar ou cerrar qualquer objeto:
> Pena – detenção, de um mês a um ano, ou multa.

A seu turno, o Código Penal Militar estabeleceu, em dois dispositivos (arts. 327 e 328), crimes que podem ser cometidos durante a realização do certame licitatório. Vejamos:

> Art. 327. Devassar o sigilo de proposta de concorrência de interesse da administração militar ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:
> Pena – detenção, de três meses a um ano.
> Art. 328. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de hasta pública, concorrência ou tomada de preços, de interesse da administração militar:
> Pena – detenção, de seis meses a dois anos.

Ressalte-se que o diploma penal castrense possui um crime que, em tese, engloba toda e qualquer conduta típica prevista na Lei 8.666/93. Trata-se do art. 324, cuja (in)constitucionalidade demanda análise mais detida, a ser feita em outra ocasião:

> Art. 324. Deixar, no exercício de função, de observar lei, regulamento ou instrução, dando causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar:
> Pena - se o fato foi praticado por tolerância, detenção até seis meses; se por negligência, suspensão do exercício do pôsto, graduação, cargo ou função, de três meses a um ano.

Diante da insuficiente tipificação prevista no Código Penal comum e da relevância dos bens jurídicos tutelados pelas licitações e contratações públicas, o legislador abriu um espaço próprio para os crimes e respectivas penas na norma específica sobre o tema, ou seja, na Lei 8.666/93.

Conforme bem observado por André Guilherme Tavares de Freitas:

> Destarte, esta conjuntura não era suficiente para intimidar os pretensos ofensores da moralidade administrativa em matéria de licitação, ou seja, os administradores públicos, que, constantemente, utilizavam a licitação como meio para mascarar os desvios de dinheiro público e favorecimentos escusos que implementavam.
> […]
> Entendeu-se que o bom funcionamento da Administração Pública e o zelo pela probidade administrativa, nos procedimentos de licitação e contratação, são fatores de acentuada relevância, merecedores de tutela mais efetiva, de segurança maior do que a oferecida pelas normas de caráter civil e administrativo e pelos tipos genéricos do Código Penal, que deixavam lacunas em diversas hipóteses. (2014, pp. 4 e 32).

Nesse sentido, a tutela penal própria para a prática de atos que atentam especialmente contra a moralidade administrativa e que causam prejuízos assustadores ao erário foi uma louvável inovação trazida pela Lei nº 8.666/93.

Considerada a premissa de que é necessária a existência de harmonia e coerência entre as normas que formam o ordenamento jurídico, eventual conflito deverá ser afastado. A doutrina estabelece os seguintes critérios para a solução de conflito aparente de normas: especialidade, subsidiariedade, consunção e alternatividade (este último não é aceito por alguns autores).

Luiz Regis Prado, que entende como aplicáveis apenas os três primeiros critérios, os conceitua da seguinte forma:

> Critério da especialidade: A lei especial derroga, para o caso concreto a lei geral. [...] Desse modo, a regra especial agrega à hipótese normativa geral um ou mais elementos complementares, demonstrativos de um específico fundamento de punibilidade, ora estabelecendo um *plus* (qualificador/agravador), ora prevendo um *minus* (privilegiador).
> [...]
> Critério da subsidiariedade: esse critério emerge como efeito de uma múltipla tutela realizada por tipos penais diversos em relação a determinado bem jurídico. Opera de forma auxiliar, subsidiária ou residual para as hipóteses que não são objeto de proteção de outro dispositivo, chamado principal.
> [...]
> Critério da consunção: pelo critério, princípio ou relação de consunção ou de absorção, determinado crime (norma consumida) é fase de realização de outro (norma consuntiva) ou é uma regular forma de transição para o último.
> [...] É oportuno observar ainda que os critérios de subsidiariedade e de consunção são de aplicação secundária ou complementar ao de especialidade. (2014, pp. 310-311)

Desse modo, aplicando-se o critério da especialidade, com a entrada em vigor da Lei nº 8.666/93, os tipos penais do diploma penal comum, transcritos acima, foram afastados pelos arts. 93, 94 e 95, da Lei nº 8.666/93:

> Art. 93. Impedir, perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório:
> Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.
> Art. 94. Devassar o sigilo de proposta apresentada em procedimento licitatório, ou proporcionar a terceiro o ensejo de devassá-lo:
> Pena – detenção, de 2 (dois) a 3 (três) anos, e multa.
> Art. 95. Afastar ou procurar afastar licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo:

> Pena – detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa, além da pena correspondentes à violência.

Ocorre que, do mesmo modo que a Lei nº 8.666/93 é lei especial em relação ao Código Penal comum, o Código Penal Militar o é em face das duas normas anteriormente citadas. Assim, os tipos penais previstos nos arts. 327 e 328 do Código Penal Militar prevalecem sobre os arts. 93, 94 e 95 da Lei nº 8.666/93. Nesse sentido, com bastante propriedade manifesta-se o Dr. Jorge César de Assis:

> Parece-nos, portanto, que pode ocorrer um conflito aparente de normas. Vejamos, a Lei 8.666/93 prevalece em relação ao art. 326 do CP, já que *legis specialis derogat legem generalem*. Entretanto, o CPM é lei especial por excelência, prevalecendo sobre a Lei 8.666/93, que, apesar de especial, pertence ao direito penal comum. Assim, o art. 326 do CP está para o art. 94 da Lei 8.666/93, da mesma forma que o art. 94 da Lei das Licitações está para o art. 327 do CPM.
> Como duas leis não podem incidir sobre um mesmo fato, ao mesmo tempo, a prevalência, ainda que com pena menor, é do tipo penal castrense. (2010, p. 729).

Insta destacar que as condutas criminosas previstas na Lei 8.666/93, quanto ao momento em que ocorrem, podem ser classificadas em:

a) crimes no procedimento licitatório ou no procedimento de contratação direta;
b) crimes na execução contratual.

Observa-se, de plano, que a tutela do diploma penal castrense alcança apenas condutas ocorridas durante o procedimento licitatório. Restou aberto, portanto, um abismo de ausência normativa para os ilícitos praticados durante a execução contratual e, ainda, para as situações de

uso indevido da dispensa ou da inexigibilidade de licitação, ou seja, fora das hipóteses previstas nos arts. 17, 24 e 25 da Lei 8.666/93.

Exatamente neste ponto, questiona-se: quando um militar ou um civil, no exercício de suas funções em organização militar, incide em conduta que se amolda a algum dos tipos previstos na lei 8.666/93, mas que não está previsto no CPM, o que ocorre? Ora, uma vez que se trata de crime previsto em lei específica (lei 8.666/93) e que não há tipificação na lei substantiva castrense, o agente deveria responder pelo hipotético crime perante a justiça comum.

Entretanto, aqui reside uma fonte de grande divergência jurisprudencial que perpassa as diferenças entre crime militar e crime comum e as regras de competência jurisdicional, conforme será demonstrado no próximo tópico.

4 NATUREZA DO CRIME E REFLEXOS NA COMPETÊNCIA JURISDICIONAL

No Brasil, a Constituição Federal atribuiu ao legislador infraconstitucional a tarefa de definir os crimes militares. É o que se extrai do art. 5º, inciso LXI, *in verbis*:

> Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:
> [...]
> LXI – ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei;

O Código Penal Militar, recepcionado pela nossa Lei Maior, é o diploma legal que estabelece, em sua Parte Especial, os crimes militares em tempo de paz (Livro I) e em tempo de guerra (Livro II).

Adotou-se, portanto, o critério *rationae legis* para a distinção entre crime militar e crime comum. Nesse sentido, vale registrar as palavras de Célio Lobão que, após citar o enfoque de diversos autores estrangeiros, conclui:

> Nessa linha de raciocínio, em face do direito positivo brasileiro, o crime militar é a infração penal prevista na lei penal militar que lesiona bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições legais, ao seu funcionamento, à sua própria existência, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar e ao serviço militar. (2004, p. 50)

Convém tecer algumas considerações acerca das classificações de crime militar que preponderam na doutrina.

Há imenso e interessante debate doutrinário acerca da distinção entre crime propriamente e impropriamente militar. Em face do âmbito limitado deste trabalho, nos restringiremos à citação de um conceito para cada espécie das classificações.

Iniciamos com a distinção entre crime propriamente e impropriamente militar delineada por Célio Lobão:

> Como crime propriamente militar entende-se a infração penal, prevista no Código Penal Militar, específica e funcional do ocupante do cargo militar, que lesiona bens ou interesses das instituições militares, no aspecto

> particular da disciplina, da hierarquia, do serviço e do dever militar. (2004, p. 78).

Por sua vez, para o citado autor, caracteriza-se como crime impropriamente militar:

> [...] a infração penal prevista no Código Penal Militar que, não sendo 'específica e funcional da profissão de soldado', lesiona bens ou interesses militares relacionados com a destinação constitucional e legal das instituições castrenses. (2004, p. 92).

É pertinente, também, trazermos a distinção doutrinária entre crimes militares de tipificação direta e indireta. No tocante a esse aspecto, reproduzimos as elucidativas palavras de Renato Brasileiro de Lima:

> Crimes militares de tipificação direta são aqueles mencionados no art. 9º, inciso I, do CPM. Versando esse inciso acerca dos crimes de que trata o Código Penal Militar, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial, verifica-se que, para o juízo de tipicidade de tais delitos, basta a descrição típica da parte especial do Código Penal Militar, na medida em que o inciso I do art. 9º não contém qualquer circunstância que possa ser constitutiva de um tipo penal.
> […]
> Os crimes militares de tipificação indireta estão previstos nos incisos II e III do art. 9º do CPM. Nesse caso, como tais delitos também estão previstos na lei penal comum, afigura-se indispensável a conjugação dos elementos da descrição típica da Parte Especial do Código Penal Militar com os elementos de uma das alíneas dos incisos II e III do art. 9º do CPM. (2013, p. 79).

Utilizando-nos dos ensinamentos acima, podemos classificar os crimes dos arts. 327 e 328 do CPM como impropriamente militares e de tipificação indireta.

Com efeito, são crimes que não exigem a "condição especial de soldado" e que guardam extrema semelhança jurídica com os arts. 93 e 94 da Lei nº 8.666/93. A diferença fundamental está na elementar do tipo "interesse da administração militar".

Entendemos que a conduta de um militar ou de um civil, com atuação em OM, que viole as regras e os princípios aplicáveis às licitações e contratos, atinge interesses da administração militar, especialmente os de caráter patrimonial.

Sobre esse ponto, preconiza o art. 9º, II, "e" e III, "a", do CPM:

> Art. 9°. 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:
> [...]
> e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração, ou a ordem administrativa militar.
> III – os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:
> a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar.
> (Grifos nossos).

Enio Luiz Rosseto estabelece o seguinte conceito para a elementar "patrimônio sob a administração militar":

> O patrimônio militar, para efeitos penais, é o conjunto de bens móveis ou imóveis pertencentes ou não às Forças Armadas, Polícias Militares ou Corpos de Bombeiros Militares, mas que estão sob sua administração. A lei não exige que o bem pertença ao patrimônio militar. A ação delituosa contra o patrimônio sob a administração militar prejudica a finalidade e a eficiência das Forças Armadas. (2012, p. 120).

Fixadas as premissas quanto à natureza jurídica dos arts. 327 e 328 do CPM, passamos à análise dos reflexos nas regras de competência jurisdicional.

A Constituição Federal de 1988 estabelece em seu artigo 124, *caput*, que compete à Justiça Militar julgar os crimes militares definidos em lei.

Nesse sentido, crimes que não estão previstos no CPM, quando cometidos por militares das Forças Armadas, ainda que em serviço, não serão julgados pela Justiça Militar da União (competência *ratione materiae*). Ex: crime de tortura e de abuso de autoridade.

E, havendo conexão entre um crime comum e um crime militar, impõe-se a separação de processos. É o que estabelece o art. 102, "a", do CPPM e o art. 79, I, do CPP.

O Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça e o Superior Tribunal Militar enfrentaram a questão da subsunção legal

das condutas criminosas ocorridas em licitações e contratos no âmbito da administração militar federal e estadual em algumas oportunidades.

Entretanto, as opiniões jurisprudenciais ainda não estão pacificadas.

Ao apreciar o tema, o Supremo Tribunal Federal assim se manifestou:

> EMENTA: "HABEAS CORPUS". IMPUTAÇÃO, A CIVIL, DE CRIME MILITAR EM SENTIDO IMPRÓPRIO. SUPOSTA PRÁTICA DO DELITO DE ESTELIONATO (CPM, ART. 251). FATO PRATICADO CONTRA A ADMINISTRAÇÃO DAS FORÇAS ARMADAS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. PRECEDENTES. PEDIDO INDEFERIDO.
> (*Habeas corpus* 115.912/BA. 2ª Turma. Rel.: Min. Celso de Mello. Julgado em: 25/02/2014)

A seu turno, em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar conflito de competência entre a Justiça Federal e a Justiça Militar da União, considerou como critério para a solução da demanda a natureza do bem jurídico tutelado:

> EMENTA: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. FRAUDE EM LICITAÇÃO. CRIME SUPOSTAMENTE PRATICADO POR MILITAR EM ATIVIDADE CONTRA PATRIMÔNIO SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE.
> 1. A existência de crimes militares próprios pressupõe, por uma questão de lógica, a existência de outros crimes – doutrinariamente chamados de crimes militares impróprios ou impropriamente militares - os quais podem ser cometidos tanto por militar quanto por civil.
> 2. Nesses casos, a competência dependerá do bem jurídico tutelado pela norma, ou seja, da ocorrência ou não de violação de dever restrito e específico que caracteriza os crimes militares, cujas balizas se

> encontram delineadas no art. 9º do Código Penal Militar.
> 3. A hipótese dos autos revela nítida violação aos interesses da Administração Militar, porquanto, além do suposto delito (militar impróprio) haver sido praticado por militar da Marinha em atividade, então responsável pelas contratações do Centro de Instrução Almirante Alexandrino, OM à qual pertencia, os procedimentos licitatórios visavam a aquisição de materiais para aquela instituição militar. Logo, a competência é da Justiça Militar, ex vi do art. 9º do Código Penal Militar.
> 3. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo Auditor da 1ª Auditoria Militar do Estado do Rio de Janeiro, ora suscitado.
> (Conflito de competência 133.582/RJ. Rel.: Min. Rogerio Schietti Cruz. Julgado em: 08/04/2015)

Em outra ocasião, em sede de recurso especial, a natureza de norma especial do CPM foi utilizada para fazer prevalecer a competência da justiça castrense:

> PENAL MILITAR. RECURSO ESPECIAL. DEFINIÇÃO DE CRIME MILITAR. CRITÉRIO. ESPECIALIDADE. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL E JUSTIÇA MILITAR FEDERAL. DISTINÇÃO.
> I – Para a verificação da ocorrência de crime militar deve-se atentar para o critério da especialidade, porquanto o Direito Penal Militar é especial em relação do Direito Penal Comum, esteja ele previsto no Código Penal, ou em lei extravagante. Dessa forma, plausível, em tese, a adequação típica das condutas no CPM.
> II – Em princípio, se os fatos descritos na denúncia se referem a condutas, em tese, praticadas por oficiais das Forças Armadas (dentre eles militares da ativa) contra o patrimônio militar, sob a administração militar, a avaliação criminal deve ficar a cargo da Justiça Castrense.
> III – Importante destacar que não há que se confundir a competência da Justiça Militar Estadual com a competência da Justiça Militar Federal. A primeira está prevista no art. 125, § 4º da Constituição Federal. Por

> sua vez, a competência da Justiça Militar Federal encontra-se regulada no art. 124 da *Lex Fundamentalis*. Vale destacar que a Justiça Militar Estadual tem competência para julgar apenas crimes militares praticados por militares dos Estados: policiais militares e bombeiros militares. À Justiça Militar Federal compete "julgar os crimes militares (federais), sejam praticados por militares das Forças Armadas ou por civis" (Denilson Feitosa Pacheco in "Direito Processual Penal – Teoria, Crítica e Práxis", 3ª Edição. Niterói/RJ: 2005, p. 494). Esta última, a hipótese dos autos. Recurso especial desprovido.
> (Recurso Especial 914.061/SP. 5ª Turma. Rel. Min. Felix Fischer. Julgado em: 06/12/2007).

Interessante notar, ainda, que uma conduta tipificada na Lei 8.666/93 poderá configurar fase ou forma de transição para um crime previsto no Código Penal Militar. Nesse caso, a aplicação do critério da consunção, já mencionado anteriormente, traz como consequência a alteração da competência jurisdicional. Sobre esse aspecto, merece destaque a seguinte decisão do Superior Tribunal de Justiça:

> CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PENAL. FRAUDE À LICITAÇÃO E PECULATO. DELITOS COMETIDOS POR MILITARES EM OFENSA À INSTITUIÇÃO CASTRENSE. ART. 9º, INCISO II, ALÍNEA E, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR.
> DECISÃO
> Vistos etc. Trata-se de conflito negativo de competência entre o Juízo Federal da Vara de Santa Rosa - Seção Judiciária do Rio Grande do Sul – em face do Juízo Auditor da 3.ª Auditoria da 3.ª Circunscrição Judiciária Militar da União, na mesma unidade federativa.
> Extrai-se dos autos que o Ministério Público Federal, com base em inquérito civil público e em inquérito policial militar, ofereceu denúncia perante a Justiça Militar da União contra militares do Exército Brasileiro, dando-os como incurso no art. 89 da Lei n.º 8.666/93 e 312 do Código Penal. Narra a exordial acusatória que os militares denunciados adquiriam e vendiam

irregularmente bens no 19.º Regimento de Cavalaria Mecanizado de Santa Rosa/RS, bem como desviavam recursos da Unidade Militar e se apropriando de seus bens, mormente combustível.

O Juízo Militar da União encaminhou os autos à Justiça Federal, esclarecendo que os fatos já estavam sendo apurados em inquérito civil público. Aduziu o Magistrado Castrense, ainda, o seguinte: "Ao longo da inquérito, como anotado pelo RMPM, investigou-se a venda de gado por parte do Comando do 19.ª R C Mec, que também teria feito a troca de leite em pó por sorvete, a reforma da pista de hipismo daquele aquartelamento, o emprego irregular de caminhão do Exército, a utilização da área militar por parte do Circulo Militar Expedicionário Weber e a aquisição irregular de condicionadores de ar.

Todavia, em que pese a estranheza de algumas ações que, em tese, estariam em desacordo com as atividades e finalidades das Forças Armadas e, por consequência, da própria Administração Pública, não ficou demonstrado que qualquer destes atos caracterizasse eventual crime militar a ser processado pela Justiça castrense.

Sempre é bom destacar que cabe à Justiça Militar da União, em consonância com o artigo 124 da Constituição Federal, apreciar e julgar os crimes militares definidos em lei, lei esta que é o Código Penal Militar.

Portanto, para que esta Justiça Especializada fosse o foro competente para apreciar as irregularidades apuradas no presente Inquérito haveria necessidade que as condutas estivessem subsumidas aos tipos penais previstos no Código Penal Militar, obedecendo, ainda, aos requisitos do artigo 9.º do Diploma Militar repressor.

E, como bem disse o Promotor da Justiça Militar, tais condutas, a princípio, não chegaram a se amoldar a qualquer dos tipos penais militares o que justificaria o seu processamento nesta Justiça Militar.

Por outro lado, não há como se afastar que estas irregularidades notadamente de cunho administrativo, possam caracterizar ilícitos previstos na lei de improbidade ou mesmo no Código Penal Brasileiro.

Todavia, tais fatos, envolvendo agentes militares federais, são da competência da Justiça Federal

ordinária, refugindo da esfera de atuação da Justiça Militar." (fls. 2003/2006)

Ao receber os autos, o Juízo Federal suscitou o presente conflito negativo de competência, com a seguinte argumentação: "Com efeito, a leitura atenta da peça incoativa deixa claro que os crimes atribuídos aos denunciados foram supostamente praticados em unidade militar, no exercício da função militar e sob subordinação hierárquica militar, ou ainda envolveram utilização de bens vinculados ao Exército, os quais estavam sob administração militar.

Por outro lado - e com a devida vênia à respeitável decisão prolatada pelo Magistrado Militar nos autos do Inquérito Policial Militar que embasa a denúncia - as condutas, em tese, praticadas pelos denunciados subsumem-se claramente a tipos penais previstos no Código Penal Militar. Senão vejamos.

Objetivamente, no tocante às condutas sistematizadas na denúncia como Fatos 3 a 7, o próprio Ministério Público Federal imputa aos denunciados a prática dos crimes de Peculato ou Peculato-Desvio, expressamente previstos no artigo 303 do Código Penal Militar.

Por outro lado, ainda que em relação a condutas sistematizadas na denúncia como Fatos 1 e 2 o Ministério Público Federal tenha imputado aos denunciados a prática de crimes previstos na Lei de Licitações, o exame dos fatos narrados na peça acusatória indica que os crimes em pauta são absorvidos pelo próprio Peculato - obviamente, se determinado agente aliena bens públicos e direciona o resultado obtido a fins privados, não o fará mediante procedimento licitatório, de onde concluo que a inobservância de licitação, em casos tais, caracteriza-se como normal fase de execução do crime de peculato (princípio da consunção).

A propósito, não é outro o posicionamento do Superior Tribunal Militar, a exemplo do que restou decidido no âmbito do Recurso em Sentido Estrito n? 23- 85.2009.7.05.005-PR, do qual se extrai a seguinte Ementa:

[...]

Destarte, em razão de tais argumentos e também embasado nos precedentes acima citados, imperioso reconhecer a ausência de competência da Justiça Federal para processar e julgar o presente feito." (fls. 05/08)

> O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 2.738/2.744, opinou pela competência do Juízo Militar.
> É o relatório. Decido.
> Dispõe o art. 9º, inciso II, alínea e, do Código Penal Militar, que são crimes militares:
> "II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:
> [...]
> e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;"
> Apesar de a denúncia não capitular crimes previstos no Código Penal Militar, da simples leitura da exordial se dessume que as condutas foram perpetradas por Militares da ativa em detrimento do patrimônio do Exército Brasileiro.
> Ademais, conforme bem destacado pelo Juízo Suscitante, o crime de peculato imputado aos denunciados, em todas suas modalidades, possui previsão no Código Penal Militar, in verbis:
> [...]
> Dessa forma, restou evidenciada a competência do Juízo Castrense para processar e julgar o feito, nos termos do art. 9º, inciso II, alínea *e,* e inciso III, alínea a, do Código Penal Militar.
> Ante o exposto, com fulcro no art. 120, parágrafo único, do Código de Processo Civil, CONHEÇO do conflito para DECLARAR competente o Juízo Auditor da 3.ª Auditoria da 3.ª Circunscrição Judiciária Militar da União, ora suscitado.
> (Conflito de Competência 126.610 – RS. Julgado em 25/09/2013. Rel. Min. Laurita Vaz)

O Superior Tribunal Militar, ao apreciar tentativa de fraude cometida por civil, em licitação promovida por OM, assim se manifestou:

> RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DO MPM CONTRA DECISÃO DO JUÍZO A QUO QUE REJEITOU ARGUIÇÃO MINISTERIAL DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PARA PROCESSAR E JULGAR O PRESENTE FEITO. RECURSO PROVIDO.

> Trata o caso, em tese, de fraude ou tentativa de fraude em licitação, visando afastar concorrente licitante, o que exclui a competência desta Justiça Castrense.
> A apresentação da documentação sob suspeição à Administração Militar por representante de empresa não poderia ser enquadrada no tipo previsto nos artigos 312 ou 315 do CPM, por não ser comprovadamente falsa.
> A conduta praticada está prevista na Lei das Licitações (Lei nº 8.666/93), que descreve os tipos penais aplicáveis aos processos licitatórios.
> Ao cometer fraude contra licitação, o agente enquadra-se nos artigos 90, 93 e 95 da supramencionada Lei nº 8.666/93, cuja análise caberá à Justiça Federal.
> Apelo ministerial provido para acolher a alegação de incompetência da Justiça Militar da União para apreciar e julgar o feito, determinando a baixa dos autos ao Juízo a quo, de modo que sejam remetidos à Justiça Federal, para as providências necessárias. Maioria.
> (Recurso em sentido estrito 0000205-91.2014.7.11.0211. Rel.: Min. Marcus Vinicius Oliveira dos Santos Julgado em: 25/06/2015.)

Em outro julgado, também entendeu a egrégia Corte castrense que a competência para julgar a conduta de civil que comete crime em licitação realizada no âmbito da administração militar é da Justiça Federal:

> EMENTA: RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. MPM. REJEIÇÃO DE DENÚNCIA. PREGÃO ELETRÔNICO. USO DE DOCUMENTO FALSO. ESPECIALIDADE DA LEI Nº 8.666/93.
> 1. O uso de documento falso em licitação promovida pela Administração Militar enquadra-se nos tipos penais previstos nos artigos 90 e 93 da Lei nº 8.666/93.
> 2. A fraude na licitação atenta contra a Fazenda Nacional.
> 3. Competência da Justiça Federal Criminal, em razão da matéria. Inteligência da Lei nº 8.666/93.
> Recurso conhecido e não provido. Decisão majoritária.
> (Recurso em sentido estrito 0000031-45.2011.7.03.0103.

> Rel.: Min. José Coêlho Ferreira. Julgado em: 02/02/2012.)

Porém, nos dois casos acima foram apreciadas condutas de civis. Além disso, houve votos divergentes, no sentido de ser a conduta tipificada como crime militar e, em consequência, ser declarada a competência da justiça militar.

Em outra ocasião, em decisão unânime, o STM entendeu ser competente a Justiça Militar para o julgamento de condutas supostamente criminosas cometidas por militares e por civil em certame licitatório realizado por organização militar:

> EMENTA: RECURSO CRIMINAL. INOBSERVÂNCIA DE LEI NO EXERCÍCIO DO DEVER FUNCIONAL. ATO PREJUDICIAL À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. REJEIÇÃO DE ARGÜIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR, OPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR. RECURSO IMPROVIDO.
> Recurso inominado interposto pelo Ministério Público Militar (MPM) contra a Decisão da Juíza-Auditora da Auditoria da 4ª CJM, proferida nos autos do IPM nº 43/07, que rejeitou a arguição de incompetência formulada pelo recorrente. Entendimento equivocado do MPM quando aduz pela competência da Justiça Federal, para processar e julgar eventuais crimes relacionados a processos licitatórios, realizados por órgãos das Forças Armadas, visto integrarem a Administração Federal.
> Presença nos autos de evidências materiais da ocorrência e de autoria, em tese, no mínimo do delito de inobservância de norma legal, no exercício da função, caracterizando a prática de ato prejudicial, tendo como ofendida a Administração Militar, conforme dispõe o art. 9º, inciso II, alínea e, da Lei Substantiva Castrense. Agride o civil representante de Empresa participante de certame licitatório as instituições militares federais, quando pratica conduta típica contra o patrimônio sob a Administração Militar (art. 9º, inciso III, alínea

> a, do CPM). Recurso Ministerial improvido. Decisão unânime.
> (Recurso em sentido estrito 2008.01.007505-0. Rel.: Min. Antonio Apparicio Ignacio Domingues. Julgado em: 14/10/08)

Assim, tendo em vista que os princípios e valores patrimoniais violados inserem-se no conceito de "administração militar", havendo judicialização da demanda, em regra, a Justiça Federal declina da competência para a Justiça Militar da União, adotando como paradigmas os entendimentos do STF e do STJ, já mencionados anteriormente.

Entretanto, diante do limitado rol de tipos penais sobre a matéria no CPM, a atuação da Justiça Militar fica prejudicada, visto que a sua competência é adstrita aos crimes militares, não podendo julgar delitos previstos em outras leis. Desse modo, as condutas ficam, por diversas vezes, impunes, diante da ausência de tipificação legal no Código Penal Militar.

O que ocorre é um verdadeiro *looping* na aplicação das normas voltadas à responsabilização penal em licitações e contratos administrativos no âmbito da administração militar. Ou seja, segundo o entendimento jurisprudencial dominante, as condutas que poderiam caracterizar crime da Lei 8.666/93 e que atingem o patrimônio sob a administração militar são da competência da Justiça Militar; esta, por sua vez, só julga crimes previstos no CPM; a atual tipificação prevista no CPM é bastante reduzida e não alcança condutas que, lamentavelmente, são frequentes, como a utilização indevida de contratação direta e os pagamentos antecipados, tipificadas nos arts. 89 e 92 da Lei de licitações e contratos, a seguir transcritos:

> Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:
>
> Pena– detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.
>
> [...]
>
> Art. 92. Admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem, inclusive prorrogação contratual, em favor do adjudicatário, durante a execução dos contratos celebrados com o Poder Público, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação ou nos respectivos instrumentos contratuais, ou, ainda, pagar fatura com preterição da ordem cronológica de sua exigibilidade, observado o disposto no art. 121 desta Lei:
>
> Pena – detenção, de dois a quatro anos, e multa.

Essa dificuldade na adequação típica foi bem observada pelo STM no seguinte julgado:

> APELAÇÃO. PECULATO CULPOSO. FALSIDADE IDEOLÓGICA. VIOLAÇÃO DO DEVER FUNCIONAL. INOBSERVÂNCIA DE LEI, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO. LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS PÚBLICOS - LEI Nº 8.666/93. COMPETÊNCIA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 160/STF, COM A MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO DIANTE DA IMPOSSIBILIDADE DE HAVER NOVA DECISÃO MAIS GRAVOSA AO RÉU. A discordância processual entre o que foi denunciado e o que foi decidido reside no esforço de encontrar uma adequação entre as condutas descritas e os tipos penais elencados pelo Código Penal Militar. Afinal, esse Diploma Legal não foi gerado com o fim específico de regular as regras de realização de licitações e contratos públicos e sim estabelecer as penalidades, sejam de natureza administrativa, sejam de natureza penal, para o caso de seu descumprimento. A todo tempo, o Ministério Público Militar refere-se a infrações de dispositivos da Lei nº 8.666/93 - Lei de Licitações.

> Qualquer um dos tipos penais elencados na Lei nº 8.666/93 possui elementos especializantes que os distingue da legislação penal ordinária, seja do Código Penal Comum, seja do Código Penal Militar. O legislador ampliou a tutela jurídica abrangendo qualquer tipo de fraude à licitação, ou contrato dela decorrente. A questão é estritamente de competência cível, cabendo-se, pois, discutir o inadimplemento contratual, perante o juiz natural competente que, ao nosso ver, possa ser a Justiça Federal Comum.
>
> A Corte, ao julgar apelação do Ministério Público contra sentença absolutória, não pode acolher nulidade - ainda que absoluta, não veiculada no recurso da acusação. Interpretação da Súmula 160/STF que não faz distinção entre nulidade absoluta e relativa.
>
> A Corte, quando do julgamento da apelação, está adstrita ao exame da matéria impugnada pelo recorrente, não podendo invocar questão prejudicial ao réu não veiculada no referido recurso, ainda que se trate de nulidade absoluta, decorrente da incompetência do juízo. Nega-se provimento ao Apelo. Decisão Unânime.
>
> (Apelação 0000003-11.2005.7.02.0202. Rel.: Min. Olympio Pereira da Silva Junior Julgada em: 05/04/2011)

Portanto, está evidenciado que a atual tipificação da matéria no CPM é insuficiente e ineficaz para prevenir e reprimir as condutas criminosas em licitações e contratos, no âmbito das organizações militares.

Desse modo, é necessário intensificar o debate sobre o tema e refletir sobre as soluções possíveis para a questão. Em nosso entendimento, afigura-se como urgente uma alteração no Código Penal Militar, mediante a ampliação do rol de tipos, de modo a tornar efetivo o exercício da competência da Justiça Militar.

Até porque, como cediço e sob a ótica constitucional (art. 5º, XXXIX), na esfera penal incide, de forma absoluta, o princípio da legalidade. É dizer, a norma penal incriminadora há de ser prévia, certa, estrita e escrita.

5 CONCLUSÃO

Em face do exposto, verifica-se que o atual contexto normativo torna bastante tormentosa a persecução penal de crimes cometidos na condução de licitações e de contratos no âmbito das organizações militares. Isso porque, conforme já mencionado, o Código Penal militar possui escassa tipificação sobre a matéria.

Ora, a tutela penal deve se ocupar da efetiva proteção a bens jurídicos de modo a garantir a paz e a justiça sociais. Nesse sentido, o Direito Penal exerce uma importante função preventiva do crime e garantidora da sociedade. Portanto, se uma conduta configura crime, o sujeito possui um temor maior de praticá-la. Ao contrário, se configura apenas ilícito administrativo ou civil, existe uma maior probabilidade de que seja praticada, pois a eventual responsabilização é bem menos gravosa que a penal.

Assim, entendemos como premente e necessário o aprofundamento da discussão acerca desse tema, especialmente com o foco sobre a possibilidade de alteração no Código Penal Militar, a fim de ser ampliado o rol de crimes em licitações e contratos.

Com isso, as atuais discussões sobre a competência jurisdicional e a utilização dos critérios para a solução de conflito aparente de normas seriam desnecessárias.

Evidentemente, o aumento de tipos penais não é a panaceia para os graves e tão comuns desfalques ao erário, mas representa um importante passo para o combate a esse mal e, no caso do Código Penal Militar, um mecanismo de fortalecimento e ampliação da competência da Justiça castrense.

REFERÊNCIAS

ASSIS, J. C. *Comentários ao Código Penal Militar*. 7. ed. Curitiba: Juruá, 2010.

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

BRASIL. Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

BRASIL. Código de Processo Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1002Compilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

BRASIL. Código Penal Militar. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del1001Compilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

BRASIL. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8666compilado.htm>. Acesso em: 25 ago. 2015.

DI PIETRO, M .S. Z. *Direito Administrativo*. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FREITAS, A. G. T. *Crimes na lei de licitações*. 3. ed., rev., ampl. E atual. Niterói: Impetus, 2013.

JUSTEN FILHO, M. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 16. ed., rev., atual. E ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

LIMA, R. B. *Manual de competência criminal*. Niterói: Impetus, 2013.

LOBÃO, C. Direito Penal Militar. 2. Ed, atual. Brasília: Brasília Jurídica, 2004.

NEVES, C. R. C.; STREIFINGER, M. *Manual de Direito Penal militar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

PRADO, Luiz Regis. *Tratado de direito penal brasileiro: parte geral: volume 1*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

ROSSETO, E; L. *Código Penal Militar comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

SARAIVA, A. J. B. L. *Crimes contra a administração milita*r. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

Este periódico foi impresso em Brasília, em outubro de 2015,
pela Gráfica e Editora Movimento Ltda.
O papel do miolo é *offset* 90g, e o da capa é *duo design* 250g.
Visite nossa página: *www.mpm.mp.br/editorial_/*