

# CRITICAS A SÚMULA VINCULANTE Nº 5 FRENTE AO DIREITO MILITAR

## INTRODUÇÃO

Ao se debruçar sobre o estudo do direito militar, nota-se que este seguimento direito, mesmo sendo um dos mais antigos do sistema jurídico pátrio, tem nos últimos anos sofrido com o descaso da elite política e social brasileira. O desprezo que as instituições jurisdicionais e legislativas têm com o direito castrense é um problema que não pode persistir no direito nacional, pois fere a macula sua grandeza.

Devido ao longo período de ditadura militar, ao qual todo país enfrentou momentos terríveis e se distanciou da democracia, toda sociedade passou enxergar os militares com certa reserva e até mesmo com ressentimento. No entanto, passados tantos anos, e dada à consolidação da Democracia, não há necessidade de os garantidores da ordem pública sofrerem com sua legislação menosprezada pelos detentores do Poder a ponto de ter um Código Penal e de Processo Penal Militar da década de 60, sem, até os dias atuais, serem agraciados com a merecida reforma.

A hipótese levantada é a de que, eventuais reformas na lei penal, processual penal, além de outras leis extravagantes, se estendessem no que coubessem, ao direito da caserna. Isso se aplicaria também a qualquer outra norma jurídica, que, antes de ser editada e publicada, devesse ser verificada sua eventual aplicação ao direito militar, levando-se em conta suas especialidades.

O objetivo deste estudo é demonstrar as idiosincrasias do direito militar, alertar as autoridades quanto a real importância desse ramo do direito, além de divulgar no mundo acadêmico essa disciplina.

A justificativa para este artigo é a necessidade do escol da sociedade, se mostrar mais interessado no direito militar e que estudantes e profissionais do direito se habilitem ao estudo do dessa matéria para que aumente cada vez mais o número de cidadãos que não se conformam com leis ou até mesmo súmulas em desconformidade com a realidade do Ordenamento pátrio.

A metodologia empregada baseia-se em pesquisa bibliográfica e experiências vividas. O estudo foi dividido em subtítulos que partiram desde o conceito e peculiaridades do cidadão militar; passando pelo descaso com que o legislador trata o

militar; o critério utilizado para criação de uma lei militar no Brasil; a reforma do judiciário e a justiça militar; o direito administrativo disciplinar militar; análise crítica da súmula vinculante nº.45 e conclusão.

## 1. O CIDADÃO MILITAR

O militar vive sob o rígido regime sustentado pelos pilares da hierarquia e disciplina, obedece a ordens, e tem a nobre e constitucional missão de proteger e zelar, seja no âmbito federal, seja no estadual, pela segurança do seu povo.

Mesmo tendo tão importante incumbência, muitos não os vêem com bons olhos, como homens e mulheres que, se preciso for, arriscam a própria vida salvar qualquer desconhecido. Essa *fobia* pode ser resultado do período de ditadura militar que assolou a América do Sul por algumas décadas no século XX, e que mesmo depois de muitos anos passados, ainda há resquícios desse período cruel.

No, entanto, questões como estas não podem distanciar o militar do civil, ambos são essenciais para a perseguida paz social, as mazelas do passado não podem interferir perpetuamente nessa relação, pois ambos sofrem com as conseqüências desse distanciamento.

Nos dias atuais, após a consolidação da Constituição Cidadã, as chances de implementação de uma nova ditadura militar é muito improvável, e tanto os militares quanto civis sabem que, se isso voltar a ocorrer o maior prejudicado é o próprio país.

## 2. O DIREITO MILITAR E PRECONCEITO LEGISLATIVO

Ao longo do tempo, principalmente após a promulgação da Carta Maior de 1988, devido às questões acima suscitadas, o direito militar passou sofrer com os preconceitos dos poderes federativos.

No âmbito Legislativo, foram editadas várias leis que, *in tese*, também deveriam ser aplicadas aos militares, como é o caso da Lei. 7.960/89, que trata da prisão temporária, esta lei prevê um rol taxativo contendo exclusivamente crimes comuns

sujeitos a sua reprimenda. No Código de Processo Penal Militar, existe apenas a previsão de aplicação da prisão preventiva e menagem.<sup>1</sup>

O mesmo ocorreu com a Lei dos crimes hediondos (Lei nº. 8.072/90), que modificou somente o código penal comum e esqueceu que os militares, no exercício de sua função poderiam praticar alguns crimes de seu rol. Como não previu essa equiparação, o homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V - CP) é considerado hediondo, no entanto se o militar praticar o mesmo crime (art. 205, § 2º, I, II, III, IV, V e VI - CPM), nas mesmas condições do civil, não será considerado hediondo.

Outro crime que foi incluído no Código Penal e ainda não no Código Penal Militar é o Assédio Sexual (216-A - CP). O efetivo de mulheres militares vem aumentando a cada dia, no entanto, quando ocorre esse tipo penal, instaura-se Inquérito Policial Militar, os acusados são denunciados por tentativa de estupro, ou atentado violento ao pudor<sup>2</sup>, no entanto os réus ao final são absolvidos por falta de tipicidade.

De outra banda, os crimes de trânsito, que mesmo tendo legislação especial própria, as polícias militares, vêm instaurando IPMs, e os tratando como crime militar, mesmo sendo estes *crimes impropriamente militares*<sup>3</sup>.

Os códigos de Processo Penal Militar e Penal Militar, foram confeccionados em 1969, e até então, como se vê, pouco se fez em relação à adaptação a nova realidade da sociedade. Surgiram novos crimes militares e o legislador, por motivos injustificáveis, optou por não atualizar o Papiro Repressivo Nacional Castrense nem tampouco seu instrumento processual. O respeitado Juiz Militar titular da 1ª Auditoria Militar do Estado de São Paulo, RONALDO JOÃO ROTH, adverte que as alterações no Código Penal Militar, se fazem necessárias, haja vista o grande número de militares em todo país. Estima-se que, somando-se o efetivo das forças armadas, policias militares e corpos de bombeiros militares no Brasil, ultrapassa-se a casa de 400 (quatrocentos) mil

---

<sup>1</sup> Espécie prisão provisória peculiarmente prevista no Direito Penal Militar, que consiste na permanência do acusado fora de estabelecimento carcerário (geralmente no quartel), sob promessa de que não se evadirá do lugar que lhe for designado para permanecer. Trata-se mais de uma concessão do que punição. Previsão legal, artigos 263 a 269 do CPPM.

<sup>2</sup> Pasmem, ainda vige no direito militar. Art. 233 do COM.

<sup>3</sup> É aquele definido tanto no Código Penal Militar quanto no Código Penal Comum e que pode ser cometido por militar ou por civil.

homens e mulheres<sup>4</sup>. Por tantas pessoas dependerem desses *codex*, e pela evolução da sociedade, o Dr. ROTH, ao se referir ao anteprojeto de alteração do CPM citando o eminente ministro do Superior Tribunal Militar, JOSÉ JULIO PEDROSA, explica: *“Tanto na parte geral quanto na parte especial é possível a aplicação de institutos contemplados na legislação comum com: O perdão judicial, o tratamento ambulatorial na medida de segurança, a regra do crime continuado atenuada, etc, e na segunda parte, a inclusão de tipos penais como tráfico de entorpecentes em figura distinta, o abuso de autoridade, etc”*<sup>5</sup>

São mudanças como as suscitadas pelo douto ministro em tela, que atenderiam as necessidades mínimas do jurisdicionado castrense, no entanto, caso se entenda inviável se estender as demais leis ao militar, ao menos se faça inserir na parte geral do CPM a seguinte redação: *“Os crimes impropriamente militares terão incidência do mesmo tratamento legislativo previsto na legislação comum”* como sugere ROTH.<sup>6</sup>

Dentre as poucas leis que foram editadas para modificação do direito militar, estas se deram por que fatos negativos externos ocorreram e tais leis passaram a vigor em desconformidade com a Constituição Federal, é o caso da Lei nº. 9.299/96, que a seguir será estudada.

### 3. COMO SÃO CRIADAS AS LEIS BRASILEIRAS

Durante os anos 90 aconteceram uma seqüência de fatos envolvendo violência policial contra civis, como a morte de 111 presos na Casa de Detenção do Carandiru, em São Paulo durante uma rebelião; a chacina de crianças e adolescentes na Candelária, de Vigário Geral, de Nova Brasília, no Rio de Janeiro; o assassinato de posseiros em Corumbiara, Rondônia; o confronto entre de trabalhadores sem-terra e a PM em Eldorado dos Carajás no Pará; torturas na Cidade de Deus, no Rio de Janeiro e o mais divulgado caso da Favela Naval, em São Paulo que culminou na morte de um cidadão filmada por um cinegrafista amador, sendo este último o estopim para que se desencadeasse grande pressão (inter) nacional sobre o Governo Federal.

---

<sup>4</sup> ROTH, 2003, p.96.

<sup>5</sup> *Ob. Cit.* p. 96

<sup>6</sup> *Ob. Cit.* p. 97

Com isso houve uma grande movimentação de autoridades no sentido de “dar uma resposta à sociedade”, resposta esta que veio por meio da Lei. 9299/96. Essa lei inseriu o parágrafo único do artigo 9º, modificando então a competência para julgar os crimes militares dolosos contra a vida de civil, da justiça militar para justiça comum, sob o argumento de, naquela justiça haver corporativismo.

Sem adentrar no mérito quanto à constitucionalidade da Lei em epígrafe, fato é que, o resultado não foi o esperado e os crimes militares dolosos contra a vida continuaram ocorrer em grande escala, e a comunidade jurídica começou a questionar a inconstitucionalidade dessa lei ordinária que extrapolou seus limites e alterou uma competência jurisdicional, designação esta reservada somente a Lei Maior. Foi então que, até mesmo para “constitucionalizar” tal lei, em 08 de dezembro de 2004, passou a vigor a Emenda Constitucional nº 45, que trouxe em seu bojo a chamada “reforma do judiciário”.

#### 4. A REFORMA DO JUDICIÁRIO E OS IMPACTOS NA JUSTIÇA MILITAR.

A Emenda Constitucional nº45 modificou vários aspectos do Poder Judiciário Brasileiro, em especial a Justiça Militar teve alterações consideráveis, no entanto, para o estudo em tela, ater-se-á apenas as novidades atribuídas ao artigo 125 da Carta Magna, particularmente o § 5º.

A Emenda em comento deu a nova denominação ao juiz auditor, que passou a ser denominado juiz de direito, ampliou sua competência e atribuiu-lhe a presidência do Conselho de Justiça<sup>7</sup>. Com essas alterações, restou ao colegiado militar de primeiro grau apenas o julgamento dos crimes propriamente militares, e o juiz de direito passou a julgar monocraticamente os crimes militares contra civis, exceto os dolosos contra a vida, que foi atribuída à competência ao tribunal do júri. A última modificação a ser analisada, é a competência cível da Justiça Militar estadual para apreciar ações decorrentes de atos disciplinares.

---

<sup>7</sup> Forma de colegiado de julgamento de crimes militares, constituída por oficiais juizes militares e juiz de direito, conhecida como escabinato.

Quanto à modificação da nomenclatura do juiz não se verifica problema algum, no entanto ao modificar o princípio militar do escabinato, o legislador constituinte derivado, feriu um preceito que a própria constituição garantiu no artigo 5º caput, a igualdade<sup>8</sup>. O julgamento por colegiado na justiça militar se faz necessário, pois, além de maior justiça no julgamento, o réu militar, pela sua própria natureza, carece de uma justiça especializada conforme previsão constitucional. Tais apontamentos são singularmente ensinados pelo doutrinador CÍCERO COIMBRA NEVES: “*Os julgamentos proferidos pelos juízos colegiados marcados pelo escabinato, possuem características próprias que podem ser ressaltadas como circunstâncias que buscam a maior compreensão do fato sob julgamento, possibilitando assim, a aproximação maior que se pode chegar do senso de justiça. É dizer que a composição colegiada na Justiça Castrense torna possível a decisão com maior equidade, menos infensa a injustiças*”.<sup>9</sup>

Ao retirar do conselho de justiça tal competência, mais uma vez o legislador interferiu negativamente na justiça e no direito militar castrense.

Por outro lado, a atribuição cível, da justiça militar estadual, beneficiou o cidadão miliciano, pois outrora se verificava abusos, cerceamentos de defesa e arbitrariedades praticadas pelas autoridades militares responsáveis pelos procedimentos administrativos disciplinares. Com a competência cível, o juiz de direito do juízo militar, sem interferir no mérito, aparece como guardião das prerrogativas constitucionais do cidadão castrense.

## 5. PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR

No magistério de ADRUALDO DE LIMA CATÃO, a Administração, embasada no princípio da eficiência, utiliza basicamente dois tipos de processos, um para atender os requerimentos dos interessados, e outros para punir os que praticam determinados ilícitos.<sup>10</sup> Os primeiros dizem respeito à contensão graciosa, e o segundo contenciosa. Sobre a contensão graciosa ensina a professora MARIA ZANELLA DI PIETRO: “*No processo gracioso, os próprios órgãos da administração são encarregados de fazer*

---

<sup>8</sup> Sabe-se que para efetivação desse preceito Constitucional é *sine qua non* que os iguais de recebam tratamento igual e os desiguais de forma desigual, na medida de sua desigualdade. Justamente para garantir essa igualdade constitucional que o Legislador Constituinte decidiu criar Justiça Militar e suas formas de julgamento.

<sup>9</sup> NEVES, 2005.

<sup>10</sup> CATÃO, 2002.

*atuar a vontade concreta da lei, com vistas à consecução dos fins estatais que lhe estão confiados e que nem sempre envolve decisão sobre pretensão do particular.*"<sup>11</sup> O que interessa para o presente trabalho é a segunda, contenciosa, em especial o processo disciplinar.

O saudoso professor HELY LOPES MEIRELLES define o processo administrativo disciplinar como sendo "*(...) a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da Administração*".<sup>12</sup>

A Administração, alicerçada pelo princípio da moralidade e da eficiência, tem o poder de punir o servidor que descumpra as leis no exercício de sua função, no entanto essa punição deve ser resultado de um processo, no qual tenha sido garantido ao acusado todos meios de defesa, ou seja, a ampla defesa. Sobre esse instituto constitucional aplicado no processo administrativo disciplinar, conceitua o notável Promotor de Justiça ARY CÉSAR HERNANDEZ: "*A ampla defesa consiste em se reconhecer ao acusado o direito de saber que está e por que está sendo processado, de ter vista dos autos do processo administrativo disciplinar, de apresentação de sua defesa preliminar, de indicação e produção de provas que entender necessárias à sua defesa, de ter advogado que o assista, de conhecer previamente das diligências a serem realizadas e dos atos instrutórios, para que possa acompanhá-los, de fazer reperguntas, de oferecer defesa final e recorrer.*"<sup>13</sup>

Observa-se que o preceito constitucional da ampla defesa se estende também ao processo administrativo, principalmente o disciplinar. Essa é mais uma garantia que a Lei maior oferece ao servidor que tem sobre seus ombros o peso da acusação da Administração. Caso lhe seja tolhida essa garantia, o processo padece de nulidade. Neste Sentido afirma HELY LOPES MEIRELLES: "*Processo Administrativo sem oportunidade de defesa ou com defesa cerceada é nulo, conforme têm decidido reiteradamente nossos Tribunais judiciais, confirmando a aplicabilidade do princípio*

---

<sup>11</sup> DI PIETRO, 1997.

<sup>12</sup> MEIRELLES, 1992.

<sup>13</sup> HERNANDEZ, 2003.

*constitucional do devido processo legal, ou mais especificadamente, da garantia da defesa.*"<sup>14</sup>

Sobre esse instituto, CATÃO citando o eminente jurista JESSÉ TORRES PEREIRA JÚNIOR ensina que: "(...) já no caso do processo contencioso, este visa claramente a servir de fronteira entre a discricionariedade e a arbitrariedade, principalmente com a inclusão do princípio da ampla defesa como essencial informador do processo administrativo."<sup>15</sup>

Mais uma vez verifica-se que a ampla defesa deve estar presente em todos os processos contenciosos, e para que seja concretizado esse instituto Administração, obedecendo ao princípio da legalidade, deve previamente estabelecer o rito e as sanções legais, além de assegurar as condições para que a defesa do acusado possa ser ampla e justa".<sup>16</sup>

Feitas essas considerações, tome-se, por exemplo, um militar do Estado de São Paulo, que esteja respondendo um *Conselho de Disciplina*<sup>17</sup>, e, em sede de audiência, não tenha constituído advogado por falta de condições financeiras. Neste caso, a legislação *interna corporis* prevê a nomeação de um militar, bacharel em direito, da própria instituição para defendê-lo.<sup>18</sup>

Ora, *in casu*, o militar terá sua defesa prejudicada, pois, o seu defensor dativo, mesmo que possua notório saber jurídico, não está autorizado exercer a advocacia<sup>19</sup>, ou seja, não possui *jus postulandi*, não tem os direitos e prerrogativas de um advogado, não lhe é permitido deixar a farda de lado e defender o acusado com plenitude. Caso ocorra alguma arbitrariedade por parte da autoridade judicante, este "defensor" não pode impetrar nenhum dos remédios constitucionais para cessar tal violação de direitos, logo, pergunta-se: esse militar acusado tem direito a ampla defesa conforme prediz a Carta Mãe? Bens tão preciosos ao cidadão militar, como a sua liberdade, seu trabalho, sua

---

<sup>14</sup> MEIRELLES, opus loc. Cit..

<sup>15</sup> CATÃO, opus loc. Cit.

<sup>16</sup> NERY, ALVES, 2002.

<sup>17</sup> É espécie de processo regular aplicado aos militares que possuem mais de dez anos de serviço, e tenha cometido transgressões atentatórias à instituição militar. Sua punição pode ser desde a restrição a liberdade (permanência disciplinar ou detenção) até a demissão ou expulsão das fileiras da corporação.

<sup>18</sup> 1-16 PM - Artigo 23 - O militar do Estado acusado poderá constituir advogado para defendê-lo no processo regular e, na falta deste, o Presidente solicitará à autoridade competente a designação de militar do Estado bacharel em Direito.(grifei)

<sup>19</sup> Lei 8.906/94 - Artigo 28,VI - Estatuto da Advocacia.

dignidade, “estão na berlinda”, e a presença de advogado é dispensável? O artigo 133 da Lei Máxima diz o advogado é indispensável à administração da Justiça, o caso em questão esta em conformidade com este preceito legal?

O militar, além de responder isoladamente nas esferas, administrativa, penal ou civilmente, isolada ou cumulativamente<sup>20</sup>, sofre o ônus de ter seu direito constitucional mitigado.

## 6. SÚMULA VINCULANTE Nº. 5

Em 16/05/2008 o Pretório Excelso, em interpretação ao artigo 5º, LV da Constituição Federal de 1988, publicou a Súmula Vinculante nº. 05 com a seguinte redação: “*A falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar não ofende a Constituição.*”

Em continuidade as indagações do item anterior questiona-se: o Guardião da Constituição, ao editar tal súmula, se questionou a respeito das hipóteses acima descritas? Preocupou-se com os bens jurídicos em questão ou foi uma decisão mais política do que jurídica? Interpretou o artigo 5º, LV em conjunto com o artigo 133 da Carta Maior?

Ao enfrentar situação semelhante, ao contrário da Suprema Corte, o Colendo Superior Tribunal de Justiça sabiamente publicou a súmula 343 com o seguinte teor: “*É obrigatória a presença de advogado em todas as fases do processo administrativo disciplinar*”

Ao comparar as súmulas citadas, resta ao operador do direito, lamentar o fato de que o Judiciário Nacional esteja regredindo ao invés de progredir. A mais alta Corte de um país, que tem a atribuição de resguardar os direitos e garantias trazidas no bojo da Lei Maior, a interpreta, por vezes, ao contrário do que a Lei Cidadã realmente quis para o cidadão.

## 7. CONCLUSÃO

---

<sup>20</sup> Artigo 5º das I-16-PM.

O Brasil não dá a atenção devida aos defensores de sua segurança, tanto no âmbito federal quanto estadual, pois se assim o fizesse, se preocuparia em atualizar as leis castrenses.

Foi verificado que, a ameaça de um possível retorno da ditadura militar é praticamente impossível, uma vez que a democracia está consolidada no estado brasileiro, logo, não há justificativa para que os detentores do poder não dê a seus agentes de segurança, o tratamento jurídico adequado, conforme manda a Constituição da República.

Com a máxima vênua, o Supremo Tribunal Federal não foi feliz ao editar a Súmula Vinculante nº. 05, pois a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo disciplinar ofende sim a Constituição, tanto no que diz respeito à interpretação do artigo 5º LV quanto ao artigo 133.

A partir do momento em que as autoridades que dirigem, legislam e judicam neste país, passarem a se preocupar mais com o cidadão das diversas classes sociais, com o povo, com a coisa pública, em detrimento aos interesses político/pessoais, conforme determina a Constituição da República Federativa do Brasil, o brasileiro realizará o sonho de viver em um Estado Democrático de Direito.

#### Bibliografia

1. PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. O Direito à Defesa na CF de 88. Rio de Janeiro: Renovar, 1997.
2. CATÃO, Adualdo de Lima: “O direito à defesa no processo administrativo disciplinar” disponível em [www.jusnavigandi.com.br](http://www.jusnavigandi.com.br)
3. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 8ª ed. São Paulo: Atlas, 1997.
4. HERNANDEZ, Ary César: “O contraditório e a ampla defesa no processo Administrativo” disponível em [jusnavigand.com.br](http://jusnavigand.com.br).
5. MEIRELLES, Hely Lopes: Direito Administrativo Brasileiro. 17ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1992.
6. COSTA, Nelson Nery e ALVES, Geraldo Magela, Constituição Federal Anotada e Explicada. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

7. NEVES, Cícero Robson Coimbra : A reforma da Justiça Militar em face da Emenda Constitucional nº45. Disponível no site: [jusmilitares.com.br](http://jusmilitares.com.br)
8. ROTH, Ronaldo João. *Temas de Direito Militar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2003.