

A reforma da Justiça Militar em face da Emenda Constitucional nº 45

Cícero Robson Coimbra Neves¹

1. Introdução

Como bem se sabe, em 8 de dezembro de 2004, a Emenda Constitucional Nº 45 inovou o ordenamento constitucional, trazendo ao universo jurídico a chamada “Reforma do Poder Judiciário”.

Dentre as alterações mais contundentes, estão aquelas que alteraram a competência constitucionalmente atribuída às Justiças Militares dos Estados, seguindo-se uma série de ilações pertinentes acerca dos novos rumos da Justiça Castrense. Basicamente, três pontos são relevantes: a transferência, no plano constitucional, da competência de julgamento dos crimes militares dolosos contra a vida de civis para o Tribunal do Júri; a criação do juízo singular, pelo Juiz de Direito, de crimes militares, exceto os dolosos contra a vida, perpetrados contra civis; e a ampliação da competência das Justiças Militares Estaduais para apreciar ações decorrentes de atos disciplinares².

¹ 1º Ten PM servindo na Corregedoria da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Bacharel em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas. Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. Mestrando em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professor de Direito Penal Militar da Academia de Polícia Militar do Barro Branco e de Direito Penal Militar Aplicado no Curso de Especialização de Oficiais em Polícia Judiciária Militar na Corregedoria da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

² Não será objeto deste estudo a ampliação da competência da Justiça do Trabalho no que concerne ao processamento e julgamento das *ações oriundas da relação de trabalho, abrangidos os entes de direito público externo e da administração pública direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios*, vez que em face da ADIn Nº 3.395 proposta pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe), no julgamento da medida cautelar, o Min. Nelson Jobim suspendeu toda e qualquer interpretação dada ao dispositivo que incluía as causas resultantes das relações entre o Poder Público e seus servidores, sendo a presente ação distribuída, em 1º de fevereiro de 2005, ao Ministro Cezar Peluso, ainda sem decisão pelo Pretório Excelso.

Nesse universo, quase movediço, serão analisados alguns pontos relevantes, sendo importante frisar que o foco principal estará no julgamento monocrático de crimes militares contra civis.

Por outro bordo e como de costume, exalta-se que a pretensão nas linhas que se seguem não é a de esgotar ou engessar as possibilidades de interpretação, mas apenas a de sublinhar alguns tópicos que devem ser discutidos para o engrandecimento da ciência jurídica.

2. Críticas à Emenda Constitucional N° 45

Em abordagem primeira, necessário se faz dedicar algumas palavras à Emenda Constitucional N° 45, especificamente no que tange aos seus reflexos nas Justiças Militares dos Estados.

Data maxima venia, não parece ter caminhado bem o legislador constituinte derivado ao idealizar a nova competência para a Justiça Castrense, o que pode ser explanado sob três prismas: político, jurídico-constitucional e pragmático-jurídico.

2.1. Enfoque político

Sob o enfoque político, o novo sistema apresentado é ilógico, calcado em mote preconceituoso apartado da realidade e, por essa razão, demonstrando a fragilidade do Direito em face de argumentos comezinhos de uma classe com capacidade e poder para alterar o Direito posto.

A atividade policial, por si só, angaria uma antipatia natural do leigo, que, ao invés de enxergar o protetor de suas liberdades públicas, reconhece no agente fardado a personificação do Estado opressor a lhe “garfar” direitos fundamentais. Essa antipatia, também reservada a outros órgãos como ao Ministério Público, foi muito bem sintetizada pelo paraibano Ariano

Suassuna, quando em sua obra, *O Auto da Compadecida*, profere pela boca de João Grilo, durante seu julgamento e referindo-se ao demônio, a seguinte frase:

“Foi gente que eu nunca suportei: promotor, sacristão, cachorro e soldado de polícia. Esse aí é uma mistura de tudo isso”.³

Preconceitos e emoções destemperadas nunca foram base sólida de uma boa legislação, o que parece ter ocorrido com a Emenda Constitucional N° 45.

Há que se questionar, então, qual critério abalizado levou às alterações verificadas, qual força motriz impulsionou a alteração constitucional a ponto de guardar discrimens nitidamente apartados da razoabilidade e sem o respaldo do legítimo detentor do mandato legislativo: o povo.

Puro preconceito; pura discriminação ilógica e repugnante, tal qual a de João Grilo.

A questão, entretanto, merece estudo com mais vagar, a fim de que se demonstre a argumentação que propugna em favor da inconstitucionalidade da inovação.

2.1.1. O que é “política”

Nunca é demais lembrar que a palavra “política”, derivada “do latim *politice*, procedente do grego *politiké*, forma feminina de *politikos*, possui, na acepção jurídica, o mesmo sentido filosófico, em que é tido: designa a *ciência de bem governar um povo, constituído em Estado*”⁴. O seu objetivo é “estabelecer os princípios, que se mostrem indispensáveis à realização de um

³ SUASSUNA, Ariano. *O Auto da Compadecida*. Rio de Janeiro: Agir, 2005.p. 128.

⁴ Cf. Plácido e Silva. *Vocabulário Jurídico – Vol. III e IV*. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 389.

governo, **tanto mais perfeito, quanto seja o desejo de conduzir o Estado, ao cumprimento de suas precípuas finalidades, em melhor proveito dos governantes e dos governados**⁵.

Sob esse prisma a política se constitui em um “*corpo de doutrinas*, indispensáveis ao **bom governo de um povo**, dentro das quais devem ser estabelecidas as normas jurídicas necessárias ao bom funcionamento das instituições administrativas do Estado, para que se assegure a realização de seus fundamentais objetivos, e para que traga tranqüilidade e o bem-estar a todos quanto nele se integrem.”⁶

Destarte, por política deve-se entender a prática escorreita, aquela que compreende o encadeamento de idéias, embasadas em critérios razoáveis, no sentido de bem conduzir os negócios do Estado, e não o “joguete político” que denota mais a briga por “lascas” de poder, por benefícios de interesses sustentados por determinadas categorias, que tiram da lei o caráter de generalidade nela ontologicamente contido.

2.1.2. Da falta do critério político

O ponto da EC Nº 45 que merece destaque sob o enfoque político é o da transferência de competência para o Tribunal do Júri, do crime militar doloso contra a vida, praticado por policial militar contra um civil.

Há que se questionar na temática da alteração trazida pela “Reforma do Judiciário” e tendo por lastro a correta acepção da palavra “política”, conforme acima evidenciado, por qual razão um militar do Estado que pratique um crime doloso contra a vida de um civil há que ser submetido ao

⁵ Idem. Ibidem.

⁶ Idem. Ibidem.

Tribunal do Júri, enquanto um outro militar que pratique o mesmo delito contra um companheiro de farda, é julgado pela Justiça Militar.

Note-se que se podem representar uma série de respostas à essas indagações, porém, nenhuma delas atenderá a correta justificação política para a inovação do sistema jurídico, ou seja, a vontade geral, isonômica, impulsionando o legislador para os fins colimados pelo Estado.

Em verdade, é sabido por todos, a alteração no plano constitucional tem por força motivadora a mesma circunstância que levou o legislador ordinário a incluir o parágrafo único no artigo 9º do Código Penal Militar (Lei 9.299/96), ou seja, a exaltação de uma visão deturpada, um viés ideológico segundo o qual a violência policial existia em razão de os seus delitos serem julgados por uma “justiça corporativa”, que mais absolvía que condenava.⁷

Fazendo o exame de consciência, há que se perquirir se o número de homicídios praticados por policiais militares diminuiu, mas não só isso, há também que se averiguar se os processos a cargo do Tribunal do Júri são dotados da celeridade, da segurança jurídica, enfim, dos postulados de justiça almejados por todos.

Basta a simples observação para se verificar que não!

Note-se que a investigação que se propõe não deve apurar quem condena mais ou menos, porquanto isso não transparece o significado de uma “decisão justa”. Deve-se, sim, averiguar quais decisões são mais céleres e justas, sejam condenatórias ou absolutórias.

Nesse sentido, explorou muito bem o assunto Ronaldo João Roth em sua obra, podendo ser sedimentado que, em um comparativo entre Justiça

⁷ Sobre essa visão, vide ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004. Nota Nº 100, p. 111.

Militar e Tribunal do Júri, a primeira apresentava julgamentos mais rápidos, mais seguros, sob o enfoque jurídico, em razão da ação do escabinato⁸.

2.2. Enfoque jurídico-constitucional

Intrinsecamente ligado ao enfoque político está o jurídico-constitucional, porquanto se sabe que a realidade política é a faceta imaterial norteadora da lei. Nesse sentido fala-se, por exemplo, em política criminal, entendida como o conjunto de idéias e valores predominantes em uma sociedade, ou em um período, capaz de moldar o sistema jurídico-penal segundo o vetor predominante.

Falhando o arrazoado político, também falha o lastro jurídico.

Todavia, um outro fator no campo jurídico se mostra relevante, embora inexistentes construções nesse sentido, qual seja, a possibilidade de a Emenda Constitucional Nº 45 estar inquinada do vício maior da inconstitucionalidade em suas previsões afetas às Justiças Militares estaduais.

Preliminarmente, tenha-se em mente que as emendas constitucionais podem sim padecer perante o controle concentrado ou difuso de constitucionalidade. Nessa linha propugna unanimemente a doutrina, a exemplo de Alexandre de Moraes que, após enumerar o dispositivo legal limitador para o Poder Constituinte derivado, expõe que é “plenamente possível a incidência do controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, sobre emendas constitucionais, a fim de verificar-se sua constitucionalidade ou não, a partir da análise do respeito aos parâmetros fixados no art. 60 da Constituição Federal para a alteração constitucional.”⁹

⁸ Ob. Cit. p. 91 a 119.

⁹ MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004. p. 564.

Demonstrada a possibilidade de se questionar a constitucionalidade das emendas constitucionais, deve-se, agora, apontar os argumentos jurídicos que podem levar à conclusão pela inconstitucionalidade da Emenda estudada.

2.2.1. Escabinato: um direito individual (?)

Em princípio, deve-se averiguar se os dispositivos inovadores importam em uma retração, uma abolição de garantias ou direitos individuais, porquanto, se assim se entender, haverá flagrante inconstitucionalidade na norma apreciada e, nesse sentido, o ponto de contato com o tema apresentado é o julgamento do crime doloso contra a vida de civil, praticado por militar do Estado, pelo Tribunal do Júri em vez de pela Justiça Castrense, bem como a criação da possibilidade de juízo monocrático em primeira instância da Justiça Militar Estadual (art. 125, § 5º da Constituição Federal com a redação trazida pela Emenda Constitucional Nº 45).

2.2.1.1. Diferença entre garantias e direitos individuais e o enquadramento do Tribunal do Júri nessa classificação

Cumpra antes, investigar a distinção entre direitos fundamentais e garantias fundamentais.

Em verdade, o cerne da diferenciação reside na espécie de conteúdo da norma constitucional, equivalendo dizer que existem normas **declaratórias**, que instituem direitos, e normas **assecuratórias**, que buscam assegurar (garantir) o exercício dos direitos fundamentais. Sem embargo, outras há que cumulam os dois conteúdos, sendo ao mesmo tempo um direito e uma garantia para o exercício desse direito.¹⁰

¹⁰ Assim expõe José Afonso da Silva, calcado em lições de Ruy Barbosa. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 414.

Inegavelmente, o Júri popular, previsto no inciso XXXVIII do art. 5º da Lei Maior, se consubstancia em um **direito individual**, direito este que congrega algo de sacro, como ilumina Alexandre de Moraes ao sustentar que a “instituição do júri, de origem anglo-saxônica, é vista como uma prerrogativa democrática do cidadão, que deverá ser julgado por seus semelhantes, apontando-se seu caráter místico e religioso, pois tradicionalmente constituído de doze membros em lembrança aos doze apóstolos que haviam recebido a visita do Espírito Santo”¹¹.

No que concerne à sua competência, o próprio “Texto Maior” informa que o Tribunal do Júri terá como sua alçada o julgamento dos crimes dolosos contra a vida, devendo-se ter em foco que essa competência não é absoluta, podendo ser afastada quando o próprio texto constitucional, em razão da dignidade de certos cargos, a competência definida de certos tribunais etc, exigir diferente sistematização. Nessas exceções inseria-se o crime militar (doloso contra a vida), já que todos os crimes militares eram julgados pelas Justiças Militares, situação que inicialmente se alterou com a Lei 9.299/96 e, posteriormente, com a Emenda Constitucional em relevo.

2.2.1.2. Escabinato e a justeza de suas decisões

Tal qual a submissão ao Tribunal do Júri, a submissão do militar ao escabinato não seria também um direito individual?

Eis aí outro ponto fulcral nessa discussão, avaliando-se se há ou não dignidade constitucional no julgamento pelo escabinato e, em havendo, se alguma construção viável pode torná-lo um direito individual, insuscetível, portanto, no plano constitucional, de alteração.

¹¹ Ob. Cit. p. 110.

Correndo todos os riscos dos ataques que certamente surgirão, ousa-se afirmar que sim.

O escabinato ou escabinado pode ser compreendido como o órgão julgador colegiado composto por juiz togado e por juízes militares, da carreira das armas, formando um conjunto harmônico em que aquele(s) que conhece(m) o Direito, o(s) juiz(es) togado(s), alia(m) seu acurado conhecimento ao dos leigos conhecedores das peculiaridades da vida de caserna. Essa realidade é verificada em primeiro grau e, nos Estados possuidores de Tribunal de Justiça Militar¹², bem como em âmbito federal pelo Superior Tribunal Militar, em segunda instância, formando, na expressão de Hélio Lobo, o juízo composto de “sabres e togas”¹³.

Como muito bem ilumina Ronaldo Roth, o escabinato desde sempre fez parte do juízo militar¹⁴, sendo possível buscar as raízes no Direito Romano, profundamente influenciador do Direito Europeu, daí ao Português, e que, por consequência, “aportou em *Terra Brasilis* sob forma primeira de Ordenações do Reino, principalmente as Filipinas, decretadas em 1603. Vigoraram, sobretudo seu Livro IV, no Brasil até 1916.”¹⁵

Dessa forma, incompreensível a existência de uma Justiça Militar sem a figura do escabinato, vez que esse foi o modelo que vigorou no Brasil, a exemplo da Metrópole, chegando até os dias atuais¹⁶.

¹² No Estado de São Paulo, além dos Conselhos de Justiça Especial – que julga Oficiais – e Permanente – que julga Praças –, compostos por um juiz togado e quatro juízes militares, isso funcionando em quatro Auditorias de Justiça Militar, há o Tribunal de Justiça Militar, cuja composição é de três juízes militares, detentores do último posto da hierarquia da Polícia Militar, dois juizes civis, sendo um alçado das Auditorias e outro empossado pela regra do “quinto constitucional”. De se notar que a Constituição do Estado de São Paulo, em seu art. 80, permite que o número de integrantes do Tribunal de Justiça Militar seja de sete juízes, dos quais quatro serão militares, no entanto, a lei de organização judiciária ainda não acompanhou essa realidade.

¹³ *Apud* ROTH, Ronaldo Joao. Ob. Cit. p.102.

¹⁴ Ob. Cit. p. 91.

¹⁵ Cf. NEVES, Cícero Robson Coimbra & STREIFINGER, Marcello. *Apontamentos de Direito Penal Militar – Vol. 1 Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 8.

¹⁶ ROTH, Ronaldo João. Ob. Cit. p. 92.

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, “pois dificilmente a decisão tomada por maioria não será a mais razoável e com maior equidade, aproximando-se mais do justo. *Nesse ponto, a interpretação das armas se fará pela interpretação do Direito próprio, sob os cuidados do juiz de direito (togado) que integra os Conselhos de Justiça.*”¹⁷

Por todos os argumentos evidenciados acerca do escabinato, notório se torna que o Poder Constituinte originário, ao prever o julgamento de crimes militares por um juízo militar, por tradição, tinha por significado um juízo colegiado, formado por “sabres e togas”, isso na busca de um justo julgamento, longe de um julgamento complacente como pretendem os algozes da Justiça Militar.

2.2.1.3. Limites ao Poder Constituinte derivado e a compreensão que se infere da norma constitucional

Os limites ao Poder Constituinte derivado podem ser de quatro ordens: **formais** (principalmente a maior restrição de iniciativa e quorum de deliberação diferenciado para a aprovação), **circunstanciais** (vedação à alteração da Constituição durante intervenção federal nos Estados-Membros, o estado de defesa ou o estado de sítio), **materiais** (as cláusulas pétreas previstas no § 4º do art. 60 da Constituição Federal) e os **implícitos** (que

¹⁷ Cf. ROTH, Ronaldo João. Ob. Cit. p. 107 (negrito e itálico no original).

decorrem daqueles expressos no texto constitucional – formais, circunstanciais e materiais - resultando da interpretação lógica e sistemática da Lei Maior).

À presente explanação interessa buscar a exata compreensão dos limites matérias ao “poder emendador”. O § 4º do art. 60 da Constituição Federal, especificamente no inciso IV, dispõe que a emenda constitucional tendente a abolir **direitos e garantias individuais** sequer pode ser objeto de deliberação.

O próximo passo nessa temática é buscar a amplitude dos direitos e garantias individuais, ou seja, estariam eles somente no art. 5º da Constituição Federal ou estariam diluídos na Norma Fundamental? Estariam eles somente na Constituição Federal ou estariam em normas outras? Por fim, estariam eles somente de forma expressa, patente, ou podem ser reconhecidos ainda que de forma latente, inferida do contexto e da substância das previsões constitucionais?

Acerca das duas primeiras indagações a visão, ainda que com divergências, tem se firmado no sentido de que as normas de direitos e garantias individuais não estão consignadas somente no art. 5º da Constituição Federal, mas diluídas por todo o texto constitucional e, até mesmo, fora dele¹⁸. No caso particular dos tratados internacionais que versem sobre direitos humanos, a Emenda Constitucional Nº 45 inovou o sistema acrescentando o § 3º ao art. 5º, com a seguinte redação: **“os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais”**. Para alguns doutrinadores, a alteração confirma a visão dualista desfrutada por

¹⁸ Vide MORAES, Alexandre. Ob. Cit. p. 565. Vide ainda Adin Nº 939-7/DF.

autores do quilate de Flávia Piovesan¹⁹, questão que foge ao propósito destas linhas discutir.

Neste ponto da argumentação, a última questão é a de maior importância, ou seja, os direitos e garantias individuais estariam somente de forma expressa ou poderiam ser reconhecidos ainda que por inferência do contexto da Carta Magna?

A visão que se propugna, sempre respeitando visões destoantes, é a de que o conteúdo dos direitos e as garantias individuais transcendem a literalidade, devendo ser reconhecidos, como dispõe o § 2º do próprio art. 5º, como consequência do regime e dos princípios adotados pela Constituição Federal.

Nesse contexto, a previsão constante do § 4º art. 125 da Lei Maior, antes da ação reformadora, continha em seu bojo o entendimento tradicional de que os militares, pelos critérios de justiça e de segurança jurídica já exaltados, deveriam ser processados e julgados, por crimes militares, com o auxílio de seus pares, portanto, um direito individual latente do jurisdicionado no âmbito da Justiça Militar, inferido do texto literal.

Essa compreensão conduz à conclusão pela inconstitucionalidade da Emenda Constitucional por atingir o chamado núcleo rígido ou intangível.

Para facilitar a compreensão, visualize-se um exemplo que, embora fora da questão das Justiças Militares, possui linha de raciocínio análoga.

Discute-se atualmente o endurecimento da lei penal, o que, de fato, não resolverá o problema da crescente criminalidade, mas apenas amenizará o

¹⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2004. p. 101.

anseio popular naquilo que Silva Sánchez intitula função simbólica do Direito Penal²⁰.

Um dos pontos mais debatidos nessa faceta dos “movimentos de lei e ordem” é a busca pela redução da maioria penal.

No plano constitucional, pelo que já se postulou, a redução da maioria penal é impossível, vez que toda e qualquer emenda constitucional tendente à alteração do art. 228 da Constituição Federal nesse sentido, não poderá sequer ser objeto de deliberação. Pois bem, em não se podendo, pelo limite material, diminuir a maioria penal, seria possível, agora em âmbito infraconstitucional na Lei 8.069/90 (“Estatuto da Criança e do Adolescente”), alterar o § 3º do art. 121, possibilitando que a internação pela prática de ato infracional tivesse seu limite aumentado de três para trinta anos?

A resposta, assim se postula, deve ser em sentido negativo.

O objetivo do legislador constituinte ao conceber o *discrímen* foi, em nome de um sistema protetivo para a criança e para o adolescente, o de evitar que o rigor do tratamento penal fosse dispensado também ao *impúbere*, mormente conhecendo as condições por que passa aquele encarcerado no sistema penitenciário. Uma lei que altere o Estatuto da Criança e do Adolescente, nesse parâmetro, significará uma burla ao espírito constituinte no plano dos direitos individuais, o que permite concluir que o prazo de

²⁰ “En realidad, el desempeño de <<funciones simbólicas>> no es algo específico de las leyes penales, sino común a todas las leyes, al menos en los tiempos modernos. En efecto, se suele señalar que las leyes pueden tener, pueden tener, por un lado, una <<función instrumental>> esto es, influir mediante mandatos y prohibiciones eficaces y mediante la aplicación real de las consecuencias jurídicas de su infracción sobre el comportamiento de sus destinatarios, a fin de obtener el efecto deseado, modificar la realidad. Pero, además de esta función de transformación de la situación de partida, o, lo que es peor, en lugar de ella, las leyes pueden desempeñar, por otro lado, una función meramente simbólica, que tiene lugar no en la realidad exterior (puesto que no se aplican), sino en la mente de los políticos y de los electores. En los primeros producirá la satisfacción de haber hecho algo; en los segundos, la impresión de tener el problema bajo control.” SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Sevilla: J. M. Bosch Editor, 2002. p. 304.

internação se constitui em verdadeira cláusula insuscetível de alteração por força constitucional, podendo ser considerado um limite à inovação jurídica, seja por emenda constitucional, seja por instrumento infraconstitucional.

Mutatis mutandis, assim se deve compreender a questão da transferência de competência de julgamento para o Tribunal do Júri, bem como, nessa mesma esteira, a idealização e criação do juízo monocrático de primeira instância na justiça militar.

Ora, em sendo o escabinato uma concepção latente segundo a previsão anterior do § 4º do art. 125 da Lei Maior, a transferência de competência e a criação do juízo monocrático, alterou a substância da mensagem do Poder Constituinte originário, que não era outra senão a de buscar a forma mais justa e segura para o julgamento dos crimes praticados por militares.

2.2.2. O Discrimen sem pressuposto lógico

É possível que os argumentos jurídicos até aqui trazidos à baila não tenham convencido aqueles favoráveis à Emenda Constitucional Nº 45 no plano das Justiças Militares, o que deve ser respeitado e aceito pelos partidários de outra vertente.

Há, contudo, uma diversa questão de ordem jurídica, esta de melhor “digestão”, que depõe em favor da inconstitucionalidade da norma em estudo, a saber, a lesão ao princípio da igualdade.

2.2.2.1. Conteúdo da isonomia

A igualdade está insculpida no art. 5º da Constituição Federal, caracterizando o que se entende por Estado de Direito, onde todos, inclusive o próprio Estado, estão sob julgo da norma abstrata resultado da soma das vontades de cada cidadão: a lei.

Muito bem anota Marco Antonio Marques da Silva que de “acordo com este princípio, a limitação do poder punitivo do Estado se infere à criação de leis gerais, dirigida a todos os cidadãos. Não há possibilidade, assim, de existência de leis discriminatórias, embora possam existir as que punam fatos típicos que possam ser praticados por determinadas pessoas, como por exemplo, no caso dos funcionários públicos, ou em decorrência de cargos ou funções que estas pessoas exerçam.”²¹

Logo se vê que a verdadeira igualdade pode conter discrimen, desde que seja ele abalizado em circunstâncias lógicas, marcadas pela razoabilidade.

Anote-se ademais, complementando o raciocínio, a lição de Bandeira de Mello ao consignar que “o alcance do princípio não se restringe a nivelar os cidadãos diante da norma legal posta, mas que a própria lei não pode ser editada em desconformidade com a isonomia”²². Disso decorre que a lei não “deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar eqüitativamente todos os cidadãos.”²³

Não se está afirmando aqui que a lei não possa fazer distinções, porquanto a máxima aristotélica acerca da justiça distributiva deve ser reconhecida, tratando-se os iguais de forma idêntica, ao passo que aos desiguais deve-se dispensar tratamento diverso²⁴.

²¹ SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 6.

²² MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 9.

²³ MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Ob. Cit.* p. 10.

²⁴ Ao analisar a obra de Aristóteles, *Ética a Nicômaco*, Gabriel Chalita esclarece que a justiça distributiva na obra do Filósofo “se baseia no princípio de que, embora todas as pessoas sejam iguais, elas têm diferentes responsabilidades, atribuições e posses, conforme os trabalhos, realizações e empreendimentos que cada um realiza”. In CHALITA, Gabriel. *Os dez mandamentos da ética*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003. p. 113.

A questão, então, trata de averiguar como se pode definir, com o amparo do arcabouço constitucional, quais as “desigualdades isonômicas”.

2.2.2.1. Reconhecimento da lesão à isonomia

No propósito de encontrar uma linha para reconhecer o *discrímen* que lesa a isonomia, Bandeira de Mello faz primoroso estudo que servirá de base para os argumentos vindouros, pela total adesão ao sustentado pelo autor.

Primeiramente, o autor aparta-se da concepção por todos partilhada segundo a qual os elementos cor, sexo, religião etc. não podem servir de arrazoado lógico de um tratamento desigual, citando vários exemplos, cunhados com o zelo que lhe é peculiar, em que tais elementos podem sim servir de parâmetro de *discrímen* sem afronta ao princípio isonômico. Pense-se, por exemplo, na exigência apenas de mulheres para o preenchimento de vagas de policiais femininas; ou em concurso de seleção que admita somente pessoas negras, posto que o escopo da contratação é a medição da especialidade esportiva mais adaptada a afro-descendentes²⁵.

Vencida a primeira barreira, propõe-se uma operação calcada em quatro elementos distintivos, bastando haver a inobservância de um deles para que o *discrímen* esteja fora do conteúdo da isonomia.

Assim, propõe o ilustre jurista:

“Para que um *discrímen* legal seja convivente com a isonomia, consoante visto até agora, impende que concorram quatro elementos:

- a) que a desequiparação não atinja de modo atual e absoluto, um só indivíduo;
- b) que as situações ou pessoas desequiparadas pela regra de direito sejam efetivamente distintas entre si, vale

²⁵ Ob. Cit. p. 16-7.

- dizer, possuam características, traços, *nelas residentes*, diferenciados;
- c) que exista, em abstrato, uma correlação lógica entre os fatores diferenciais existentes e a distinção de regime jurídico em função deles, estabelecida pela norma jurídica;
 - d) que, in concreto, o vínculo de correlação supra-referido seja pertinente em função dos interesses constitucionalmente protegidos, isto é, resulte em diferenciação de tratamento jurídico fundada em razão valiosa – ao lume do texto constitucional – para o bem público.”²⁶

Ao escopo deste estudo aproveitam os dois últimos requisitos, razão pela qual neles será concentrada a explicação.

O *discrímen* consentâneo com a isonomia deve ser calcado em um pressuposto lógico, sendo este um ponto nodular que, muitas vezes, torna a norma analisada não isonômica intuitivamente, de forma gritante²⁷. Olha-se a lei e já se sente seu caráter gratuito de discriminação.

Deve-se buscar, nessa ordem, uma justificativa racional que ligue o critério de diferenciação às conseqüências legais desigualadoras trazidas pela norma²⁸.

Traduzindo melhor o postulado, Bandeira de Mello sacramenta que a “discriminação não pode ser gratuita ou fortuita. Impende que exista uma

²⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira. Ob. Cit. p.41.

²⁷ Idem. p. 37.

²⁸ Idem. p. 38.

adequação racional entre o tratamento diferenciado construído e a razão diferencial que lhe serviu de supedâneo.”²⁹

Como último elemento na verificação (letra “d”), deve-se entender que “as vantagens calçadas em alguma peculiaridade distintiva hão de ser conferidas prestigiando situações conotadas positivamente ou, quando menos, compatíveis com os interesses acolhidos no sistema constitucional”³⁰.

É dizer que a situação discriminada deve encontrar na Constituição Federal o respaldo, explícito ou implícito, para sua ocorrência sob pena de malograr o princípio da isonomia.

Será que a Emenda Constitucional Nº 45 respeitou esses postulados?
Cristalino que não!

2.2.2.2. O juízo comum e o juízo monocrático como afrontadores do critério isonômico

Acerca da lesão à isonomia, a discussão será profícua na análise dos mesmos pontos acima destacados, evidenciadores de discrimen, a saber, a transferência de competência para o Tribunal do Júri e o juízo monocrático.

2.2.2.2.1. Isonomia e crime militar julgado pelo Tribunal do Júri

No caso do julgamento dos crimes dolosos contra a vida, tem-se a distinção de situação em que um militar do Estado que pratique homicídio (crime militar) contra um civil não terá o mesmo tratamento daquele que, eventualmente, cometa o mesmo fato em relação a outro militar do Estado.

Há que se questionar, primeiramente, qual a correlação lógica entre critério do discrimen e a consequência resultante, ou seja, qual a racional

²⁹ Idem. p. 39.

³⁰ Idem. p. 42.

razão que leva a essa disparidade, propiciando a distinção de tratamento constitucional (por força do Poder Constituinte derivado, ressalte-se).

Em perfunctória análise logo se terá por resposta que não há pressuposto lógico capaz de suportar a desigualdade versada.

Poder-se-ia, *ad argumentandum*, postular que a razão lógica seria a tentativa de redução da violência policial, porém, tais argumentos não resistem à mais singela construção, por partir de premissas totalmente incorretas, quais sejam:

- a) a violência policial não pode ser mensurada apenas com base na vítima, o civil; em outros termos, nenhuma violência policial, desnecessária e gratuita, pode ser tolerada, seja ela perpetrada contra civil, militar, médico, advogado, professor, sapateiro etc.;
- b) em segundo plano, não é o Poder Judiciário o responsável pela violência policial, mas as circunstâncias psico-sociais que levam a um comportamento agressivo, fator que merece atenção da sociologia e da psicologia e não do Direito pela alteração do órgão julgador; em outros termos, não se diminuirá a violência policial apenas mudando a competência de julgamento, mas, se se quiser atingir um estágio condigno, deve-se investir em vários outros setores, com o respaldo de estudos psico-sociológicos³¹;

Ademais, acentuando o irracional *discrímen*, a transferência de julgamento para o Tribunal do Júri parte da falsa compreensão de que existe uma maior ineficiência da Justiça Militar ou, se preferirem, uma maior

³¹ Em discurso de posse da presidência do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, o Cel PM Avivaldi Nogueira muito bem observou que após o advento da Lei 9.299/96, o índice de homicídios não conheceu decréscimo, e sim um aumento. Discurso Publicado no DOE/P. Judiciário, em 20.3.2002, *apud* ROTH, João Ronaldo. Ob. Cit. p. 118.

eficiência do Tribunal do Júri, o que, em verdade, se torna um argumento falacioso, sem amparo científico:

- a) primeiramente, equivocados aqueles que pretendam atrelar eficiência ao maior número de condenações, como aliás já suso aduzido; eficiência se caracteriza pelo binômio celeridade-justeza das decisões;
- b) a celeridade, hoje direito fundamental exposto no inciso LXXVIII do art. 5º da Constituição Federal, inovação trazida pela própria Emenda em relevo, significa o termo processual em um menor espaço de tempo, atendendo-se o anseio por justiça; é ela uma das condicionantes de uma pena imediata que, desde Beccaria, se sabe ser mais eficaz que uma pena mais grave³²; todos conhecem o quão moroso é o desenvolvimento do bifásico procedimento do Júri, possibilitando que o julgamento seja postergado por anos, circunstância que não ocorria na Justiça Militar, mais célere por uma série de razões como simplicidade do rito, menor número de processos em pauta etc.;
- c) no que concerne à justiça das decisões, há que se apontar o decréscimo em qualidade dos julgamentos de competência do Tribunal do Júri, pois não são os jurados preparados para detectarem minúcias nos casos apreciados; muitas vezes, há sentenças contraditórias em que, pela mera respostas aos quesitos, se reconhecem circunstâncias de julgamento

³² A propósito da pena Beccaria já defendia que “quanto mais rápida for a aplicação da pena e mais de perto acompanhar o crime, tanto mais justa e útil será. Mais justa, porque evitará ao acusado os cruéis tormentos da dúvida, tormentos supérfluos, cujo horror aumenta para ele na razão da força de imaginação e do sentimento de debilidade”. BONESANA, Cesare (Marquês de Beccaria). *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2001. p. 61.

antagônicas como qualificadoras incompatíveis com causas de atenuação na mesma decisão (ex.: homicídio qualificado por motivo fútil com a incidência de atenuante de prática do delito por relevante valor social ou moral³³); no escabinato, essas situações não ocorrem, porquanto, além do melhor preparo dos juízes militares, um voto com o absurdo apontado, seria, de pronto, afastado pela maioria presente, inclusive pelo magistrado, juridicamente preparado para detectar essas incongruências;

- d) outrossim, o julgamento pelo Tribunal do Júri está suscetível à teatralidade que não afeta o Conselho de Justiça das Justiças Militares; vale dizer que valora-se mais a empatia com o advogado e seu assistido, ou com o promotor de justiça, do que a razão técnica do julgamento;

Em adição ao acima disposto, há que se questionar ainda qual o respaldo constitucional (quarto elemento no processo de Bandeira de Melo) da distinção apresentada.

Em realidade, não há amparo constitucional, muito pelo contrário, o Poder Constituinte originário, esse sim ilimitado para a maioria da doutrina, plasmou no “texto primeiro” que o crime militar, seja ele doloso contra a vida ou não, deveria ser apreciado pela Justiça Militar. De certo, a Assembléia Nacional Constituinte de 1988, há de ter levado em conta a Justiça Militar como órgão colegiado, mesmo porque, nesse passado recente, a instalação dos Conselhos de Justiça, caracterizados pelo escabinato, era freqüente, sujeitando inclusive civis que participavam do processo de democratização.

³³ Vide ROTH, Ronaldo João. Ob. Cit. p. 113.

Nessa linha, o escabinato, como já firmado, está intrinsecamente ligado à previsão de uma Justiça Militar, inafastável, portanto, pelo Poder Constituinte derivado.

Feitos todos os aportes necessários, a única conclusão plausível para o pressuposto que levou à distinção trazida pelo instrumento examinado é a de que seu arrazoado é falacioso e calca-se em argumentos simbólicos, carentes de demonstração científica, vale dizer, apenas preconceituosos e afrontadores do princípio isonômico.

2.2.2.2.1. Isonomia e julgamento por órgão singular

As razões enumeradas para combater o discrimen da transferência de julgamento para o Júri Popular podem, em boa parte, servir para atacar a inovação do julgamento por órgão monocrático.

Novamente, são profícuas as questões:

- a) qual a correlação lógica entre crime militar perpetrado contra civil e o juízo singular ao qual é submetido o militar do Estado? Em outros termos, acaso a violência de uma lesão corporal praticada contra um civil é maior que aquela perpetrada contra um militar?
- b) por acaso o Juiz de Direito conseguirá, com sua acurada sentença, evitar que um policial militar agrida novamente a um civil?
- c) qual o respaldo constitucional dessa distinção?

Pela resposta a todas essas questões chega-se mais uma vez à conclusão de que o tratamento desigual dispensado é também falacioso e calcado em preconceitos arraigados em determinados setores, que fizeram pela

força legislativa, valer seus interesses comezinhos, muitas vezes em nome de uma pretensa justiça que nunca se alcançará pela via eleita.

2.2.2.3. Escabinato como critério isonômico

Por outro contexto, o mesmo critério destacado, “ser militar do Estado”, pode sim servir de *discrímen* com respaldo do princípio constitucional da isonomia, desde que obedeça a correlação lógica com as conseqüências.

Nesse aspecto, Bandeira de Mello após enumerar vários exemplos em que o mesmo fator de distinção pode ser, em certas situações, isonômico e, em outras, turbadores da substância constitucional da igualdade, postula que a correlação lógica “é o motivo por que alguns dos exemplos dantes figurados como ofensivos à igualdade revelaram-se, de plano, viciados, percebendo-se, até intuitivamente, sua mácula jurídica, ao passo que outros, conquanto embasados no mesmo elemento desequiparador apresentam-se, de logo, conviventes com o preceito isonômico”³⁴.

Os argumentos trazidos até a presente parte deste trabalho podem, *per se*, respaldar a visão de que a Justiça Militar como órgão competente para processar e julgar os militares dos Estados, **em todos os crimes militares e na configuração do escabinato**, é de fato um *discrímen*, porém, um *discrímen* que encontra respaldo, primeiro, em uma correlação lógica em que a diferenciação se faz necessária para que se alcance a proximidade maior da justiça, e, segundo, porque assim compreendeu o Poder Constituinte originário, surgindo dessa compreensão o respaldo constitucional do tratamento desigual, porém, isonômico.

2.3. Enfoque prático-jurídico

³⁴ Ob. Cit. p. 39.

Não bastando os argumentos sobrepostos para fulminar a Emenda Constitucional N° 45, deve-se também mencionar a dificuldade de sua aplicação sob o enfoque prático-jurídico.

Nesse sentido, em artigo próprio³⁵, reproduzido com atualizações em obra posterior, desde há muito alertava Jorge César de Assis sobre as nefastas conseqüências da EC N° 45. Acerca da competência para processar e julgar as ações judiciais contra os atos disciplinares, entende melhor que ela seja “analisada mais à frente, com maior cuidado, pelas inúmeras implicações que com certeza dela advirão”³⁶. Prossegue discorrendo sobre o juízo monocrático, com a seguinte construção:

“Em relação às ações judiciais contra atos disciplinares militares é fácil entender: não seria crível que o Conselho, formado muitas vezes por oficiais de menor posto ou antiguidade que o Comandante Militar apontado como autoridade coatora, pudesse julgar tais processos, o que não ocorre em relação ao Juiz de Direito, protegido pelas garantias da magistratura que a própria Constituição lhe estabelece.

Já em relação aos crimes militares praticados contra civis, há inequívoco atrapalho deste “constituente emendador” (*pode parecer deselegante, mas esta é a 45ª emenda à Constituição, em 16 anos*), pois não existem embasamentos jurídicos, técnicos ou lógicos que justifiquem tal figura processual teratológica.

Basta imaginar, por exemplo, que, se um militar estadual, dentre as diversas hipóteses que norteiam a ocorrência de crime

³⁵ Vide artigo do dileto autor na Revista Jurídica Consulex, n° 194, Brasília, 15 de fevereiro de 2005. p. 44-7.

³⁶ ASSIS, Jorge César, NEVES, Cícero Robson Coimbra e CUNHA, Fernando Luiz. *Lições de Direito para a atividade das Polícias Militares e das Forças Armadas*. Curitiba: Juruá, 2005. p. 131.

militar previstas no art. 9º do CPM, praticar furto, estupro, estelionato ou lesão corporal contra um civil (crime militar impróprio), o processo será instruído e julgado singularmente pelo Juiz de Direito. Porém, nos mesmos casos, se a vítima for outro militar – e só por isso – o processo será instruído e julgado pelo Conselho de Justiça. Isso sem falar nas hipóteses de ocorrência de conexão em relação às vítimas, ou seja, um militar estadual pratica lesões corporais contra duas vítimas, sendo uma militar, e a outra, civil. E agora, cinde-se o processo, cabendo o julgamento daquele feito em que a vítima é civil para o Juiz de Direito, e aqueloutro em que a vítima é militar para o Conselho de Justiça? Ou o Juiz de Direito exercerá a *vis attractiva* sobre o fato cometido contra o militar e julgará os dois? Ou a *vis attractiva* será exercida pelo Conselho? Só o tempo dirá, depois de muitas e muitas decisões em sede de conflito de competência”³⁷

Com efeito, os conflitos e as conseqüências procrastinadoras deles resultantes estão em “ebulição” no cenário das Justiças Militares estaduais.

Deve-se, pois, verificar os maiores problemas acerca das alterações trazidas, com a ressalva, a partir daqui, de que, embora inconstitucionais as alterações foram absorvidas pelo universo jurídico e estão sendo efetivamente aplicadas³⁸.

2.3.1. Competência cível

³⁷ Idem. p. 131-2 (itálico no original).

³⁸ Não se tem notícia de Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta atacando os dispositivos apreciados neste trabalho. Por outro lado, há Ações Diretas de Inconstitucionalidade atacando dispositivos outros, a exemplo das ADIn N° 3.367, 3.392 e 3.395.

No que pertine à competência cível, traduzida pelo julgamento das questões disciplinares pelo Juiz de Direito do Juízo Militar, além do rompimento de uma tradição de juízo criminal das Justiças Militares, dois problemas centrais estão sendo discutidos na Justiça Castrense paulista, a saber, a lesão ao princípio do juiz natural e a avaliação pelo magistrado do dano moral.

Lança-se às discussões pedindo vênias para não enfrentá-las, porquanto o principal objetivo deste pensamento não é discorrer sobre a competência cível, mas sim, como já indicado nas linhas iniciais, com o foco voltado para o julgamento monocrático de crimes militares contra civis.

No Estado de São Paulo as ações impugnadoras de atos disciplinares, nesse universo compreendidas o mandado de segurança e as ações ordinárias³⁹, estão sendo apreciadas por uma única Auditoria, por força da Portaria Nº 069/05-GP, do Tribunal de Justiça Militar paulista, embora existam quatro Auditorias de Justiça Militar.

Essa realidade tem sido muito atacada com base no entendimento de que há flagrante afronta ao princípio do juiz natural.

A propósito do princípio do juiz natural, dispõem respectivamente os incisos XXXVII e LIII do art. 5º da Constituição Cidadã, que **“não haverá juízo ou tribunal de exceção”** e que **“ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”**. O princípio em relevo deve ser interpretado de forma plena, vedando-se “não só a criação de tribunais ou juízos de exceção, mas também de respeito absoluto às regras

³⁹ Não se menciona propositadamente o *habeas corpus* pelo fato de o cabimento do “remédio heróico” em face da afronta da liberdade de locomoção ser matéria controversa. Ademais, por previsão do CPPM (art. 469), o julgamento de *habeas corpus* na Justiça Militar é competência do Tribunal correspondente (STM, TJM ou TJ, conforme o caso). Vide, ainda, o art. 81, I, da Constituição do Estado de São Paulo, que, obviamente carece de maior clareza no texto em face da nova competência da Justiça Militar estadual.

objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e imparcialidade do órgão julgador.”⁴⁰

Na visão aqui desposada, em face da existência de quatro Auditorias, a distribuição das “causas disciplinares” a Auditoria única feriria a independência e a imparcialidade do órgão julgador, portanto, inequivocamente turbando o princípio em foco.

A questão merece atenção própria, sendo recomendável que se a estude com a devida fixação em argumentos jurídicos, vez tratar-se de uma garantia da própria jurisdição. Nesse sentido, Scarance Fernandes com peculiar clareza dispõe que é “com essa garantia que fica assegurada a imparcialidade do juiz, vista não como atributo do juiz, mas como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional. Com isso, a garantia não é mais enfocada em face do conceito individualista de garantia da parte, mas como garantia da própria jurisdição”⁴¹.

Por óbvio que, em Unidades da Federação em que existam apenas uma Auditoria de Justiça Militar, a polêmica perderá o sentido, pois estar-se-á diante de **juízo** único.

Outro ponto que tem tomado a atenção no julgamento das ações impugnadoras de atos disciplinares diz respeito à apreciação judicial de dano eventualmente decorrido de punição disciplinar.

Por vezes o ato disciplinar punitivo anulado pelo Poder Judiciário contém um dano a ser suportado pela Autoridade disciplinar que o praticou. A questão cinge-se, pois, em qual o juízo competente para apreciar tal lide. Em outros termos, a Justiça Militar, com a alteração trazida pela Emenda

⁴⁰ Cf. MORAES, Alexandre de. Op. cit. p. 109.

⁴¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2005. p. 131.

Constitucional N° 45, teve sua competência alargada também para a apreciação do ilícito civil decorrente da prática de ato disciplinar ilegal?

Também a questão enumerada mereceria estudo apartado, com conclusões próprias, dentro de uma construção no seio da Teoria Geral do Processo, com o pano de fundo da Constituição Federal, fugindo, obviamente, ao escopo aqui exaustivamente evidenciado.

Em particular no Estado de São Paulo, a 2ª Auditoria de Justiça Militar tem ingressado pela seara do dano, material e moral, decorrente do ato disciplinar eventualmente impugnado⁴².

2.3.2. O crime militar contra civil

No tocante à competência criminal, esta sim tradicionalmente vinculada às Justiças Castrenses, a abordagem deve ser cindida em duas construções, sendo uma afeta ao crime doloso contra a vida de civil e outra a ter por foco os crimes militares, não dolosos contra a vida, cuja ação criminosa seja desencadeada contra um civil.

2.3.2.1. Crime doloso contra a vida

Já se discorreu, em outra oportunidade, sobre o crime militar contra a vida de civil em artigo intitulado *Crimes dolosos, praticados por militares dos Estados, contra a vida de civis: crime militar julgado pela Justiça Comum*⁴³, ocasião em que foram indicados os pontos polêmicos sobre o tema e os principais problemas a serem enfrentados.

A discussão acerca da transferência de competência do crime militar doloso contra a vida de civil teve início com o acréscimo do parágrafo único

⁴² Nesse sentido, vide os processos N° 95/05 AO/2ª AJME, 237/05 MS/2ª AJME, 280/05 AO/2ª AJME e 11/05 MS/ 2ªAJME.

⁴³ NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Crimes dolosos, praticados por militares dos Estados, contra a vida de civis: crime militar julgado pela Justiça Comum*. Jus Navigandi, Teresina, a. 9, n. 834, 15 out. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7416>>. O texto também pode ser encontrado na revista “A Força Policial” – N° 46 – Abr/Mai/Jun de 2005.

ao artigo 9º do CPM, inovação trazida pela Lei 9.299, de 07 de agosto de 1996.

Naquela época, os intensos ataques à inovação tinham um argumento jurídico muito concatenado, no sentido de que uma norma infraconstitucional havia alterado a competência das Justiças Militares ao arrepio da previsão constitucional.

Malgrado o argumento, em âmbito estadual, o dispositivo teve, com o respaldo dos Tribunais de Justiça das Unidades da Federação bem como do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, aplicação imediata.

Por outro bordo, o Superior Tribunal Militar, em louvável postura, reconheceu a inconstitucionalidade da inovação, confirmando a competência da Justiça Militar Federal no caso de crimes dolosos contra a vida de civis, circunstância que perdura até hoje.

A imediata aplicação da Lei 9.299/96 levou à postulação de que, de forma tosca, o parágrafo único inserido, em verdade, dizia que o crime doloso contra a vida de civis deixava de ser crime militar.

A discussão estava amainada quando, em dezembro de 2004, pela EC Nº 45, retomou fôlego, porém, sedimentando-se que o dispositivo que outrora fora inconstitucional, havia ganhado contorno diverso, em alinhamento com a Constituição Federal, ao menos no âmbito das Justiças Militares Estaduais.

No entanto, uma outra discussão passou a ter relevo especial, qual seja, a Emenda Constitucional havia apenas mudado o foro competente ou havia, de fato, desnaturado o crime para ilícito penal comum, em vez de militar?

A melhor interpretação do ordenamento, já se afirmou em estudo apartado, acena no sentido de que “o Tribunal do Júri, em uma situação excepcional trazida pela própria Constituição, passará a julgar crimes militares dolosos contra a vida de civis, ou seja, ao contrário do que se praticou até o advento da emenda constitucional em apreço, os processos deverão ter curso por incorrência do jurisdicionado nos arts. 205 ou 207 do CPM, ainda que o Tribunal do Júri seja expressão da Justiça Comum.”⁴⁴

Note-se que essa conclusão, embora não confirmada pela práxis já que em regra as condenações se dão pela incursão do agente no art. 121 do Código Penal comum, soluciona um problema significativo no que respeita ao exercício da polícia judiciária. Em outros termos, deverá a Autoridade Policial Militar, no bojo de um procedimento de polícia judiciária militar, investigar o delito.

Justiça seja feita, parece que este é um dos únicos pontos positivos da Emenda Constitucional Nº 45: constitucionalizar uma tosca previsão infraconstitucional e pacificar a eleição da polícia judiciária militar como aquela dotada de atribuição para investigar o delito.

Outro ponto a ser considerado diz respeito à conexão de crimes militares dolosos contra a vida de civil e outros crimes militares.

2.3.2.1.1. Conexão e continência

A competência por conexão ou continência está prevista nos art. 76 a 82 do Código de Processo Penal comum, com correlatos nos art. 99 a 107 do Código de Processo Penal Militar. Não se tratam de “causas determinantes da fixação da competência, como o são o lugar do crime, o domicílio do réu etc., mas motivos que determinam a sua alteração, atraindo para a atribuição de um

⁴⁴ NEVES, Cícero Robson Coimbra & STREIFINGER, Marcello. Ob. Cit. p. 151.

juiz ou juízo o crime que seria da atribuição de outro.”⁴⁵ Há, portanto, a finalidade de “adequação unitária e a reconstrução crítica unitária das provas a fim de que haja, através de um único quadro de provas mais amplo e completo, melhor conhecimento dos fatos e maior firmeza e justiça nas decisões, evitando-se discrepância e contradições entre os julgados.”⁴⁶

A lei penal adjetiva⁴⁷ enumera como casos conexão: a ocorrência de duas ou mais infrações praticadas ao mesmo tempo por várias pessoas reunidas (**conexão intersubjetiva por simultaneidade**⁴⁸); aquelas praticadas por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar (**conexão intersubjetiva por concurso**⁴⁹); aquelas praticadas por várias pessoas, umas contra as outras (**conexão intersubjetiva por reciprocidade**⁵⁰); quando, no mesmo caso, umas infrações tiverem sido praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas (**conexão puramente material**⁵¹); quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração (**conexão probatória ou instrumental**⁵²).

A continência, por sua vez, ocorre quando “uma coisa está contida em outra, não sendo possível a separação”⁵³. Ocorrerá pela lei a continência quando: duas ou mais pessoas forem acusadas da mesma infração; na hipótese de uma única pessoa praticar várias infrações em concurso.

⁴⁵ Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2005. p. 191.

⁴⁶ Cf. PAZZAGLINI FILHO, Marino. *Apud* MIRABETE, Julio Fabbrini. Ob. Cit. p. 191.

⁴⁷ Tenha-se por lastro aqui o Código de Processo Penal Militar.

⁴⁸ Exemplo: Oficiais e Praças que, na assistência de um jogo de futebol entre equipes militares, desconfiando da arbitragem, começam a depredar o ginásio de esportes no interior de Unidade Militar.

⁴⁹ Exemplo: três militares dos Estados que decidem subtrair uma arma da Corporação, resolvendo, dias após, estuprar e matar uma policial feminina com o emprego desta arma.

⁵⁰ Exemplo: Alunos Oficiais, de torcidas rivais, que se agridem mutuamente.

⁵¹ Exemplo: militares do Estado que espancam a única testemunha de um crime precedente por eles praticado.

⁵² Exemplo: delito de receptação (art. 254 do CPM) condicionado à precedente ocorrência de um peculato apropriação (art. 303 do CPM).

⁵³ Cf. MIRABETE. Julio Fabbrini. Ob. Cit. p. 193.

No primeiro caso, como assinala Mirabete, há a “hipótese da prática do crime em concurso de pessoas, em que duas ou mais pessoas colaboram para a prática de infração penal (art. 29, do CP), eventualmente em lugares diversos ou por pessoas que gozam do foro por prerrogativa de função. Haverá unidade de julgamento nessas hipóteses embora, em princípio, houvesse juízos ou juízes diversos para cada um dos participantes do ilícito”⁵⁴.

Na segunda possibilidade encaixam-se os casos de pluralidade de resultados delitivos por questões várias, atreladas ao concurso de crimes, a exemplo do concurso formal, o erro de execução etc.

Buscando dirimir os conflitos de competência nos casos de conexão ou continência, a lei processual define regras para a solução dos conflitos.

No Código de Processo Penal Militar as regras estão apontadas no artigo 101, segundo o qual, em primeiro aporte, no concurso entre a jurisdição especializada e a cumulativa, preponderará a especializada.

Também se dirime a dúvida acerca do conflito no concurso de jurisdições cumulativas, prevalecendo a competência do lugar da infração, para a qual é cominada pena mais grave, a do lugar onde houver ocorrido o maior número de infrações, se as respectivas penas forem de igual gravidade e firmando-se a competência por prevenção nos demais casos.

2.3.2.1.2. Conexão entre o crime militar doloso contra a vida e outro crime militar

Feitas as preliminares considerações, cumpre averiguar qual a solução para a hipótese da ocorrência de conexão ou de continência envolvendo crime doloso contra a vida e outro crime militar.

⁵⁴ Ob. Cit. p. 193.

Imagine-se um caso de conexão, onde para conseguir impunidade em relação a uma concussão, dois militares do Estado, decidam, durante o serviço de policiamento ostensivo, dar cabo da vida de uma testemunha (conexão puramente material). Por outro lado, tenha-se em mente um caso de continência em que o militar do Estado, em serviço, desejando atingir a um civil por disparos de arma de fogo, além da vítima almejada, atinja seu colega, provocando a morte de ambos.

No primeiro exemplo, tem-se o crime militar de concussão, de competência da Justiça Militar, e o de homicídio doloso, de competência do Tribunal do Júri. Há que se questionar, neste caso, qual o foro prevalente, se é que ele existe.

Em verdade, haverá aqui uma exceção à regra, exceção essa trazida pela própria lei processual penal, militar e comum. A alínea “a” do art. 102 do CPPM, a exemplo do inciso I do art. 79 do CPP, dispõe que a conexão e a continência determinarão a unidade do processo, salvo “no concurso entre a jurisdição militar e a comum”.

A correta solução, portanto, já que se está diante de um crime de competência da Justiça Militar e outro da Justiça Comum (Tribunal do Júri)⁵⁵, será a separação do processo, cada qual correndo pelo foro competente.

No segundo exemplo, da mesma forma, ter-se-á um caso de continência entre dois crimes de homicídio, sendo um deles, aquele dolosamente praticado contra o civil, de competência do Tribunal do Júri, e o outro, praticado culposamente ou dolosamente (dolo eventual, por exemplo)

⁵⁵ Ressalte-se que, embora crime militar, a Emenda Constitucional Nº 45 definiu a competência do Tribunal do Júri.

de competência da Justiça Castrense. A solução, mais uma vez e pelos dispositivos citados, será a cisão, formando-se dois processos.

2.3.2.1.3. *Aberratio ictus e erro in persona*

O próximo ponto a ser discutido está na temática do erro jurídico penal no Código Penal Militar, especificamente na discussão do *erro de fato accidental*.

O *erro de fato*, tal qual ocorre com o *erro de tipo* no Código Penal comum – embora a ele não seja idêntico –, contempla a espécie *accidental*, na qual, conforme o *caput* do art. 37 do CPM, se encaixam o *erro in persona* e o *aberratio ictus*.

Pode-se citar como exemplo o militar que quer agredir seu superior, mas o confunde com um soldado e acaba por atingir este. Ocorrerá o *erro de fato accidental*, respondendo o agente como se tivesse praticado a agressão contra seu superior (art. 157 do CPM).

Note-se que o conflito de competência pode surgir em razão da existência de *aberratio ictus* ou *erro in persona* em face da previsão do parágrafo único do art. 9º do CPM, com o respaldo da Emenda Constitucional em apreço. Em outras palavras, se o agente pretende matar um militar e por erro na execução ou sobre a pessoa acaba por atingir um civil, de quem será a competência de julgamento?

O entendimento que se tem firmado caminha no sentido de que prevalecerá a competência do Tribunal do Júri.

Em resumo, sendo o crime perpetrado contra civil, se o critério condicionante for o *ratione personae*, o crime deixará de ser crime militar, passando à competência da Justiça Comum. Por outro lado, em havendo outro critério condicionante do crime militar (*ratione loci*, por exemplo), o crime

continuará sendo militar e, se de âmbito estadual, julgado pelo Tribunal do Júri. Essa discussão, ressalte-se, foi enfrentada por Ronaldo João Roth, em artigo recentemente publicado⁵⁶.

1.1. Outros crimes

Em parte conclusiva deste trabalho deve-se abordar uma outra questão inquietante, resultado da Emenda Constitucional N° 45.

O § 5° do art. 125 da Constituição Federal, acrescido pela combatida Emenda, consigna que compete **“aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares”**.

Afora tudo o que foi dito no universo dos outros crimes praticados contra civis, reside questão tormentosa composta de duas partes: (a) qual o critério para a definição de “crimes militares cometidos contra civis”; (b) uma vez definido o critério, aproveitando a já citada inquietação de Jorge César de Assis, quem possuirá, em casos de crimes conexos ou de continência, a prevalência, o Juiz de Direito ou o Conselho de Justiça?

2.1.2. Critério definidor da expressão “crimes militares cometidos contra civis”

Respeitante à primeira parte da indagação, duas vertentes **alternativas** podem ser eleitas.

Pela primeira possibilidade interpretativa, deve-se focalizar as conseqüências do delito, verificando se algum civil, de alguma forma, suportou ônus em razão da prática delitativa. Nessa toada, vários crimes

⁵⁶ ROTH, Ronaldo João. *Aberratio Ictus e a Lei N° 9.299/96. In A Força Policial N° 33.*

poderiam ser perpetrados contra civis, mesmo aqueles que possuísem capitulação entre os crimes contra a Administração Militar, *exempli gratia*, peculato, concussão etc.

Por outra trilha, a razão de definição deveria ser a capitulação do delito, que iluminaria, *prima facie*, o bem jurídico tutelado e, principalmente, o sujeito passivo imediato do crime. Nessa linha, os crimes contra o serviço militar, contra a Administração Militar etc. estariam fora da conceituação.

A segunda compreensão parece ser a mais escoreita, posto que calcada em critério jurídico, limitado pelo Direito, compreendido como fenômeno de linguagem. Sim, o Direito é um fenômeno lingüístico e como tal deve ser estudado em seus ramos.

Nesse aspecto, aduz Juarez Tavares que no “setor jurídico, o uso da linguagem ordinária está associado, também, ao esclarecimento do sentido léxico de seus termos, com base no que se denomina de *definição de domínios*. As palavras devem ser compreendidas segundo seu uso contextual, o que leva à definição de seus termos, de modo a permitir uma determinação axiológica”⁵⁷.

Dessa forma, se o legislador constituinte utilizou-se da preposição “contra”, essa palavra deve buscar um significado léxico, importando na ação voltada para atingir a alguém, porém, também deve ser iluminado o contexto jurídico de modo a precisar qual o domínio em que se trabalha.

Ora, se se está no universo jurídico e especificamente trabalhando no âmbito penal (militar), a compreensão da palavra grafada no texto constitucional deve ganhar os contornos desse ramo do direito.

⁵⁷ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 31.

No Direito Penal ao se dizer que um crime foi perpetrado contra alguém, busca-se indicar quem é o titular do bem jurídico afetado, ou seja, o sujeito passivo do delito.

Não é outra a compreensão de Bitencourt ao consignar que “*sujeito passivo* é o titular do bem jurídico atingido pela conduta criminosa. Sujeito passivo do crime pode ser: o *ser humano* (ex.: crimes contra a pessoa); o *Estado* (ex.: crimes contra a Administração Pública)...”⁵⁸.

Bem verdade que, sob o aspecto formal, o Estado sempre será sujeito passivo dos delitos, porquanto todo crime lesa a ordem social almejada pelo Estado. Por essa razão, possui a denominação de **sujeito passivo formal** ou **mediato** na relação com o bem jurídico.

Todavia, o que compõe a análise científica de cada delito é o **sujeito passivo imediato**, definido por um critério material, calcado na titularidade do bem jurídico penal tutelado.

Para a interpretação proposta, a compreensão adequada é aquela calcada no critério material, ou seja, sujeito passivo imediato.

Do exposto, podemos firmar que a expressão “**crimes militares cometidos contra civis**” deve ser compreendida como condensadora de todos os crimes cuja sujeição passiva imediata possa ser preenchida por um civil. Em outras letras, estará compreendido na expressão, o crime que tutele bem jurídico que tenha por titular pessoa natural, especificamente um civil.

Incluem-se nessa definição os crimes contra a pessoa, previstos no Título IV, do Código Penal Militar, com exceção óbvia do homicídio doloso (art. 205), da provocação direta ou auxílio ao suicídio, por se tratarem de crimes dolosos contra a vida, bem como dos crimes constantes no capítulo do

⁵⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2002.p. 163.

ultrage público ao pudor (Capítulo VIII)⁵⁹, em razão de a sujeição passiva imediata ser a coletividade militar. Também se incluem nessa definição, os crimes contra o patrimônio (Título V), com exceção do crime de receptação (art. 254 a 256) e dos crimes de dano dos art. 262 a 265.

Excluem-se, por outro lado, os crimes contra a segurança externa do país (Título I), crimes contra a autoridade e a disciplina militar (Título II), os crimes contra o serviço militar e o dever militar (Título III), os crimes contra a incolumidade pública (Título VI), os crimes contra a Administração Militar (Título VII) e os crimes contra a Administração da Justiça Militar (Título VIII).

Dessa forma, ao praticar um crime de concussão, tendo por vítima um civil, abraçando a corrente proposta como correta, a competência de julgamento será do Conselho de Justiça, e não do Juiz de Direito, vez que o crime é contra a Administração Militar, nele não podendo figurar como sujeito passivo imediato um civil.

2.1.2.1. A visão apresentada e a releitura do Código Penal Militar

Há de forma adjacente ao tema em discussão uma questão de extrema relevância, a qual roga-se vênia para sucintamente expor algumas linhas.

O entendimento exposto acima como adequado, deve conduzir a uma verdadeira releitura de dispositivos do Código Penal Militar.

⁵⁹ Essa compreensão deve-se ao fato de que, como postula Fragoso, nos “crimes contra o corpo social ou a sociedade (exs.: crimes contra a saúde pública, a fé pública etc.), há ofensa a interesse que pertence a todos os cidadãos, considerados *uti singuli*, motivo pelo qual o é sujeito passivo necessariamente a coletividade ou o corpo social, e não o Estado como pessoa jurídica.” FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 338.

Para alcançar o que se pretende, tome-se como exemplo um militar que, no desempenho da função, exija vantagem indevida de uma pessoa (civil ou não, já que agora não é este o ponto nevrálgico) incorrendo no disposto no art. 305 do Código Castrense.

O delito de concussão, por possuir essencialmente igual descrição na legislação penal comum, exigirá a complementação da tipicidade (tipicidade indireta) por uma das alíneas do inciso II do art. 9º.

Nessa situação, não raramente, há a prática de se buscar subsunção na alínea “c”, se aquele que foi coagido for civil, ou até a alínea “a”, se o coagido for outro militar da ativa.

Ocorre que tal práxis, pela compreensão que se propõe, é equivocada, vez que a alínea “a” e “c”, exigem respectivamente na sujeição passiva militar da ativa e outra pessoa natural que não seja militar da ativa (civil, militar da reserva etc.), o que se denota pela presença das expressões “contra militar na mesma situação” e “contra militar da reserva, ou reformado, ou civil”.

Ora, em sendo a concussão um crime contra a Administração Militar, não pode possuir como sujeito passivo (imediate) pessoa natural, mas a Instituição Militar lesada.

Qual seria, então, a correta combinação?

Parece inequívoco que a alínea “e” subsume o fato exemplificado.

A alínea “e” do inciso em citação, diz ser crime militar em tempo de paz aquele que, possuindo igual definição nas legislações penais militar e comum, seja praticado **“por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar”**.

Obviamente deve se excluir no caso estudado a agressão ao patrimônio, restando ainda a tutela da ordem administrativa militar.

Por ordem administrativa militar deve-se entender a própria harmonia da instituição, abrangendo sua administração, o decoro de seus integrantes etc. As infrações aqui enquadradas são as “que atingem a organização, existência e finalidade da instituição, bem como o prestígio moral da administração”.⁶⁰

Não paira dúvida de que a concussão atinge o prestígio das Instituições Militares, o que ratifica a conclusão pela aplicabilidade da alínea “e” em vez das demais citadas.

2.1.2.2. O entendimento da Justiça Militar do Estado de São Paulo

Na Justiça Militar do Estado de São Paulo a questão, inicialmente, não comportou visão uníssona, havendo órgãos, a exemplo da 4ª Auditoria, que entendiam que bastava a afetação de um civil para que se firmasse a competência do juízo monocrático.

Entendimento diverso possuía a 1ª Auditoria, que buscava em seus julgamentos a visão técnica da expressão, analisando o bem jurídico e a sujeição passiva.

Não demorou muito para que a questão chegasse à segunda instância, posicionando-se, felizmente, o Tribunal de Justiça Militar em favor da corrente afeta ao bem jurídico e à sujeição passiva.

⁶⁰ Cf. posicionamento do STF em sede do HC nº 39.412 (RTJ 24/39). *Apud* LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001. p. 110.

Nesse sentido, pede-se licença para trazer à colação ementa de Acórdão do Egrégio Tribunal Castrense Paulista, que bem delineará a visão daquela Corte:

“Prevalência da Administração como sujeito passivo dos ilícitos penais militares contra ela praticados, ainda que de forma concomitante, ou secundária, civis também figurem como sujeitos passivos desses crimes. A interpretação do artigo 125, § 5º, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 45, é de que os julgamentos dos denominados ‘Crimes contra a Administração Militar’ devem continuar a ser realizados pelos Conselhos de Justiça” (Ap. Nº 005407/05 – proc. Nº 037408/03 4ª Auditoria – Rel. Cel. Fernando Pereira, j. 20.09.05 – 1ª Câmara – Decisão unânime).

Em outra ocasião, a Primeira Câmara seguiu a mesma compreensão anulando outro julgado oriundo da 4ª Auditoria (Ap. Nº 005406/05 – proc. Nº 034632/03– Rel. Evanir Ferreira Castilho, j. 05.07.05 – 1ª Câmara – Decisão unânime), sob o argumento da necessidade de foco no bem jurídico afetado.

Assim dispôs o r. Acórdão:

“Neste passo, urge focar-se o BEM JURÍDICO lesado ou ameaçado, pelo tipo penal.

No caso em estudo, trata-se da ADMINISTRAÇÃO MILITAR, a nosso entendimento. Reflexamente, um civil, uma pessoa jurídica (empresa de loteamento), poderia ser apontada como lesado, ou mesmo PREJUDICADO.

Assim, forçoso é convir que, em sendo o BEM JURÍDICO lesado a ADMINISTRAÇÃO MILITAR, inclusive a função pública

do CONCUSSIONÁRIO, o interesse protegido não é o do civil, que nem mesmo teve seu patrimônio ameaçado, em tese.

Fixa-se a competência pelo interesse ou BEM JURÍDICO protegido pelo tipo penal: A ADMINISTRAÇÃO MILITAR, não obstante figurar no pólo passivo uma empresa, uma pessoa física, ou um civil.”

2.1.3. Prevalência de um dos órgãos julgadores (Juiz de Direito ou Conselho de Justiça) em casos de conexão ou continência

Incursionando pela derradeira construção, deve-se dirimir a dúvida acerca de qual órgão deverá prevalecer nos casos de crime contra civil em conexão ou continência com outros crimes militares.

Antes, porém, deve-se fazer um alerta de que a questão merece estudo mais detido do exegeta, vez que casos haverá em que um crime militar estará presente com outro crime **aparentemente** de mesma especialidade, porém, em face de uma análise mais acurada, ver-se-á que um dos crimes será de natureza comum.

À guisa de exemplo tome-se a hipótese de um militar do Estado que abandone o posto de sentinela e cometa, algumas horas depois e fora de local sujeito à Administração Militar, lesão corporal contra um civil ou militar reformado. Não se estará, neste caso, diante de dois crimes militares, mas um militar (abandono de posto) e outro comum (lesão corporal), porquanto, na segunda conduta, o militar não mais estará de serviço.

Voltando agora à discussão proposta, é preciso frisar que a questão ainda não se encontra pacificada, razão pela qual esta construção se limitará a apresentar as possibilidades de interpretação, elegendo, ao final, a posição que parece mais adequada.

Ainda em sede preliminar deste ponto, convém alertar que o Código de Processo Penal Militar não acompanhou a novidade, trazida pela Emenda Constitucional Nº 45, do juízo monocrático, sendo urgente sua reformulação, isso se não for reconhecida, futuramente, a inconstitucionalidade da Emenda *sub examine*.

Três são as possibilidades de interpretação da nova realidade em face da conexão ou da continência: o Juiz de Direito exercerá a *vis attractiva* julgando também os crimes conexos que seriam de competência do Conselho de Justiça; a hipótese inversa, ou seja, o Conselho de Justiça exercerá a *vis attractiva* e julgará todos os crimes; ou, por fim, haverá uma cisão na sentença, havendo julgamento monocrático nos crimes cometidos contra um civil e pelo colegiado nos demais crimes militares.

2.1.3.1. Julgamento de todos os delitos pelo Juiz de Direito

Para facilitar o raciocínio da questão posta, urge buscar todos os argumentos possíveis para a solução do problema.

Exatamente com essa visão, buscar-se-á idealizar uma fundamentação que possibilite o julgamento unificado nas mãos do Juiz de Direito.

Inicialmente, repita-se que é inadequada construção calcada no CPPM, porquanto não está, referido instrumento legal, preparado para a inovação trazida pela Emenda Constitucional, não se podendo, destarte, utilizar as regras de solução do art. 101 da legislação processual penal militar.

Para o julgamento monocrático, então, tal qual se fez na cisão do julgamento em São Paulo, como abaixo se verá, é preciso entender o mandamento constitucional – partindo do pressuposto de que não será considerada inconstitucional a Emenda analisada – como norma de aplicação

imediate e direta, portanto de **eficácia plena**, e nela fundamentar a unificação do julgamento.

Nesse sentido, à literalidade do § 5º do art. 125 da Lei Maior, percebe-se que o Juiz de Direito possui competência expressamente enumerada para os crimes em que seja sujeito passivo um civil, enquanto ao Conselho de Justiça caberá o julgamento dos **demais** crimes militares.

Para muitos, fixa-se assim uma relação de subsidiariedade do Conselho em relação ao Juiz de Direito, singularmente atuando. Nessa proporção, a *vis atractiva* deveria ser exercida pelo juízo monocrático.

2.1.3.2. Julgamento de todos os delitos pelo Conselho de Justiça

Como já se postulou, o Conselho de Justiça, formado pelo escabinato, embora não exposto na Constituição Federal⁶¹, constitui-se em um direito conferido ao jurisdicionado que pratique crime militar.

Nesse sentido, se há razão para o julgamento unificado, deve ele ser levado a efeito pelo órgão que confira a maior equidade nos julgamentos: o Conselho de Justiça.

Com ressalvas já evidenciadas, esse é o raciocínio que se faz em relação ao crime comum e o crime doloso contra a vida, na definição da *vis atractiva* do Tribunal do Júri. Apesar de essa regra estar expressamente prevista no Código de Processo Penal comum (art. 78, I), bem se sabe que a razão da fixação da prevalência do Tribunal do Júri foi inebriada de intenção em deferir o tratamento mais consentâneo com os postulados de justiça, no Estado Democrático de Direito.

2.1.3.3. Cisão no julgamento

⁶¹ A Constituição Federal fala expressamente em Conselho de Justiça, mas não fala na configuração desse conselho como escabinato.

A solução de cindir o julgamento tem sido a adotada por alguns órgãos, como a 1ª Auditoria de Justiça Militar de São Paulo, a exemplo do que ocorreu no Processo Nº 34.726/03, onde alguns militares do Estado foram processados e julgados pela prática dos delitos capitulados nos art. 243, § 1º (extorsão qualificada) e 315, *caput* (uso de documento falso), do Código Penal Militar.

Na extorsão, um crime contra o patrimônio praticado contra civis, a competência seria do Juiz de Direito. Já o crime de uso de documento falso, capitulado entre os crimes contra a Administração Militar, a competência de julgamento seria do colegiado.

Nas sentenças estudadas, e particularmente na supracitada, em sede preliminar não se fundamenta a cisão do julgamento em dispositivo infraconstitucional, mas apenas na inovação trazida ao art. 125, § 5º, da Constituição Federal. Obviamente, de outra forma não poderia ser, porquanto, como já suscitado, o Código de Processo Penal Militar não acompanhou a alteração do texto constitucional.

Assim dispõe, *in exemplis*, a r. sentença da 1ª Auditoria:

“Em face do advento da Emenda Constitucional n. 45, que cuidou da REFORMA DO JUDICIÁRIO, houve o despacho do Juiz Singular, determinando que o delito de extorsão seja julgado perante o Juízo Singular e o delito de falsidade seja julgado perante o Conselho Permanente de Justiça, devendo, ainda, por *economia processual* os fatos seguirem a instrução criminal num único processado, além de designar audiência do Escabinato para *referendar* tal decisão (fl. 1141)”.

Como se vê, por despacho fundamentado o Juiz de Direito do Juízo Militar delibera pela instrução única e julgamento cindido. Essa decisão interlocutória, ao que parece corroborada pelo Ministério Público, há de passar pelo respaldo, em sessão pública, do Conselho de Justiça que, no caso em estudo, acompanhou a decisão do Juiz de Direito.

Caso as partes, defesa ou Ministério Público, não concordem com a decisão do julgamento, cabível será o Recurso em Sentido Estrito, nos termos do art. 516, alínea “e”, do Código de Processo Penal Militar, vez que, em certa proporção, se está concluindo pela incompetência do Juiz de Direito (antigo Juiz Auditor) ou do Conselho de Justiça, conforme o enfoque dado à questão.

Na parte da sentença que trata do julgamento do mérito, há a divisão de fato, demonstrando a prática que primeiro funcionará o Conselho e, posteriormente, o Juiz de Direito.

Em sede de conclusão, há a unificação das penas, obedecendo-se a regra exposta nos art. 79 do Código Penal Militar, tendo como regra prevalecente o cúmulo material.

2.1.3.4. A melhor solução dentre as propostas

Correndo mais uma vez o risco de ácidas críticas, ousa-se postular ser o julgamento unificado no escabinato a melhor solução.

Sem medo de equívoco, vive-se, desde o fim da II Grande Guerra, uma evolução do Direito Penal, substantivo e adjetivo, em um sentido garantístico.

O garantismo no Direito Penal tem se mostrado presente pela exaltação do Direito Penal mínimo, a estabelecer regras de fragmentariedade e de subsidiariedade para a criação legislativa e para a interpretação das leis penais.

No mesmo caminho anda o garantismo no curso do processo penal, ou seja, se busca, por um lado, o acesso de todos à justiça e o exercício da jurisdição adequada, e, por outro, um processo penal mais intimamente ligado ao fundamento republicano da dignidade da pessoa humana, permeado por garantias inarredáveis no curso do *due process of law*.

Não há melhor baliza no encontro desse equilíbrio do que os postulados trazidos pela Constituição Federal, dando-se início àquilo que se convencionou chamar de “processo penal constitucional”. Nesse caminho indica Scarance Fernandes o surgimento do Direito Processual Constitucional, “que definem Araújo Cintra, Grinoves e Dinamarco como sendo a ‘condensação metodológica e sistemática dos princípios constitucionais do processo’. Abrange, ‘de um lado (a) a tutela constitucional dos princípios fundamentais da organização judiciária e do processo; (b) de outro, a jurisdição constitucional’. À ‘tutela constitucional do processo correspondem as normas constitucionais sobre os órgãos da jurisdição, sua competência e suas garantias’, e a ‘jurisdição constitucional compreende, por sua vez, o controle judiciário da constitucionalidade das leis e dos atos da Administração, bem como a denominada jurisdição constitucional das liberdades, com o uso dos remédios constitucionais-processuais (...)’. No tocante à tutela constitucional do processo, é examinada, ‘em sua dúplice configuração: direito de acesso à justiça (ou direito de ação e defesa); direito ao processo (ou garantias do devido processo legal)’”⁶².

Significa dizer que, mais que a busca da concretização do *jus puniendi*, o processo penal deve ser verdadeiro instrumento de exercício democrático, condicionado aos postulados constitucionais e buscando sempre

⁶² FERNANDES, Antonio Scarance. Ob. Cit. p. 17-8.

a composição **justa** de um conflito de interesses.

Nesses termos, parece adequado postular, por tudo o que já foi aduzido, que a decisão mais abalizada, mais justa, seria alcançada pelo funcionamento do escabinato. Não se trata, mais uma vez é preciso dizer, de buscar o maior número de condenações (ou absolvições, conforme o viés), mas sim do maior número de justas decisões.

2. Conclusão

A EC 45 atendeu a um anseio político de algumas pessoas marcadas pelo preconceito, gerando diferenças desmedidas e sem pressuposto lógico.

Não há razão jurídica para a alteração, mas o fato é que ela ocorreu, ainda que de forma questionável, sob o prisma constitucional, pois é clara a supressão de direitos individuais ao negar o julgamento pelo escabinato a um militar do Estado, ao mesmo passo que não possui um *discrimen* calcado em pressuposto lógico.

Se a intenção era trazer ao universo jurídico um novo direito individual, por exemplo, o direito de um cidadão ser julgado por seus pares no Tribunal do Júri, a Emenda Constitucional Nº 45 deveria ser mais cautelosa e alterar a realidade para todos os crimes dolosos contra a vida, qualquer que fosse a vítima.

Obrigado a aceitar a realidade a reboque, sem poder argumentar, o operador do Direito Penal Militar deve buscar meios para a aplicabilidade das novas regras e, dessa forma, contribuir para a continuidade dos processos em curso.

Nesse contexto, um dos principais problemas é a definição do juízo prevalecente nos casos de conexão ou de continência entre crimes militares de competência do juízo monocrático e do colegiado.

Em que pesem as outras possibilidades aventadas, parece mais adequado ao conceito de justiça que a *vis attractiva* seja exercida pelo juízo colegiado, porquanto os julgamentos por “sabres e togas” busca a maior proximidade com a situação *sub judice* e, portanto, possibilita o maior acerto nas decisões.

A incessante busca por justiça, deve sim nortear a interpretação dos dispositivos legais, vez que em um Estado Democrático de Direito, em que a dignidade da pessoa humana se consubstancia em fundamento, todo cidadão, militar ou não, merece o condigno tratamento de ser julgado por um juízo imparcial e que busque, sob todos os prismas, decisões comprometidas com o justo.

BIBLIOGRAFIA

ASSIS, Jorge César, NEVES, Cícero Robson Coimbra e CUNHA, Fernando Luiz. *Lições de Direito para a atividade das Polícias Militares e das Forças Armadas*. Curitiba: Juruá, 2005.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Manual de Direito Penal – Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BONESANA, Cesare (Marquês de Beccaria). *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martin Claret, 2001.

CHALITA, Gabriel. *Os dez mandamentos da ética*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2003.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2005.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de Direito Penal – Parte Geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

LOBÃO, Célio. *Direito Penal Militar*. Brasília: Brasília Jurídica, 2001.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. São Paulo: Malheiros, 2005.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2005.

MORAES, Alexandre. *Direito Constitucional*. São Paulo: Atlas, 2004.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Crimes dolosos, praticados por militares dos Estados, contra a vida de civis: crime militar julgado pela Justiça Comum*. **Jus Navigandi**, Teresina, a. 9, n. 834, 15 out. 2005.

Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7416>>. O texto também pode ser encontrado na revista “A Força Policial” – Nº 46 – Abr/Mai/Jun de 2005.

NEVES, Cícero Robson Coimbra & STREIFINGER, Marcello. *Apontamentos de Direito Penal Militar – Vol. 1 Parte Geral*. São Paulo: Saraiva, 2005.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Max Limonad, 2004.

PLÁCIDO E SILVA. *Vocabulário Jurídico – Vol. III e IV*. Rio de Janeiro: Forense, 1996.

ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2004.

ROTH, Ronaldo João. *Aberratio Ictus e a Lei Nº 9.299/96*. In *A Força Policial* Nº 33.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros, 1999.

SILVA, Marco Antonio Marques da. *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Aproximación al Derecho Penal Contemporáneo*. Sevilla: J. M. Bosch Editor, 2002.

SUASSUNA, Ariano. *O Auto da Compadecida*. Rio de Janeiro: Agir, 2005.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.