

LIDE PENAL E A LIDE PENAL MILITAR:

Getúlio Marcos Pereira Neves¹

1 – A Lide Penal:

Não pode escapar à atenção do estudioso que a noção de lide como pretensão resistida, tão perfeitamente ajustável ao âmbito fático do processo civil, vem encontrar alguma dificuldade quando da sua adaptação à realidade do processo penal. De fato, o *jus puniendi* nasce para o Estado a partir do momento em que o agente infringe norma incriminadora, e que tal norma, jurídica que é, se concretiza – isto é, passa a ter efeito prático – por meio do resultado da atividade jurisdicional, ao atingir o agente em alguma faculdade (de locomoção, de autodeterminação) ou algum direito (a propriedade). Pode-se facilmente concluir que o Estado tem uma pretensão – a de impingir contraprestação ao infrator e proporcionar exemplo à sociedade, através da pena – que é resistida pelo agente, na medida que o direito àquele reconhecido no comando sentencial – o punir – é contrário aos interesses deste último.

No entanto o Estado exercita o seu direito de ação - já que lhe é vedado fazer valer sua vontade (o comando da lei infringida)² sem instrumento hábil para tanto, o processo³ - e produz instrução probatória especificamente para o fim desse

¹ Da Academia Espírito Santense de Letras e do Instituto Histórico e Geográfico do ES; Juiz de Direito da Justiça Militar do ES; Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade de Lisboa.

² E aqui vai um posicionamento ideológico – o de fazer coincidir a vontade do Estado à lei positiva - que mereceria maiores discussões, não fosse esta uma sede pouco apropriada para tanto.

³ Que também exigiria maiores digressões.

exercício. Ao Ministério Público cabe exercer o direito de ação em matéria criminal (art. 129, I, da CF; especificamente em matéria militar, art. 29 do CPPM); isto é, o Estado-administração, através do Ministério Público, dirige-se ao Estado-julgador para que este dirima a controvérsia e, se for o caso, aplique a pena prevista em lei ao infrator.

Mas após a Constituição Federal de 1998 o Ministério Público tem hoje contornos que ainda se vão delineando, surgindo daqui e dali construções acerca de promotor natural, de imparcialidade, de independência pessoal de seus membros, das pretendidas funções constitucionais de “paladino do povo” etc., e assim a instituição una e indivisível do sistema positivado é hoje moldada por ilações e jurisprudências de molde a confirmar atributo que já lhe foi conferido, por definição: trata-se de uma parte imparcial.

Abstraindo-se uma certa ilogicidade de tal construção (responsável maior pela ânsia na busca de identidade que hoje se vê entre estudiosos e os que pensam a instituição cara a D. Dinis de Portugal), mas nesta dicotomia sociológico-processual mesma reconhecendo sua grandeza, e deixando-se ao órgão a possibilidade de resolver-se na condição constitucional de sua função – nem mais nem menos – forçoso reconhecer-se que as funções praticamente auto-atribuídas – e aqui não vai qualquer intenção de censura, pelo contrário – mas atribuídas a si próprio pelo Ministério Público vêm de certa forma complicar a noção de lide penal.

É que modernamente vai passando a ser cada vez mais papel do MP não mais a persecução criminal por si só, mas uma necessidade de promoção de justiça⁴. E aqui me refiro à exacerbação da noção de que o processo penal seja um mal em

⁴ E nessa construção o Poder Judiciário passaria a ser mero instrumento, e não o agente capaz e eficiente da atividade de fazer justiça, o que seria deveras perigoso.

si mesmo, mal este que, quando manifestamente injusto, é passível de cessação pela via heróica: assim, o Estado-administração só exercita seu direito de ação se um funcionário do mesmo Estado-administração considera esse tal exercício possivelmente legítimo, ou revestido de um grau razoável de legitimidade, de tal maneira que o grau de probabilidade de exercício pleno do *jus puniendi* compense o risco de possível intromissão indevida na esfera de privacidade do cidadão, no caso de absolvição. Nestas condições, o processo porventura instaurado sem embargo não tem o escopo de buscar a aplicação da pena ao infrator, mas acima de tudo o de apurar se o infrator “merece” que contra ele se aplique a pena.

Ora bem, esta espécie de orientação há de acarretar uma consequência prática no que respeita à compreensão da noção de lide penal: é que não há, aqui, uma pretensão autoral resistida pelo réu. O Estado-administração não está promovendo acusação no sentido de obter a penalização a qualquer custo do agente, antes está pedindo ao Estado-julgador que lhe permita investigar – permissão necessária por conta da tal intromissão na esfera de privacidade do agente – se este último de fato merece o apenamento. Se seu convencimento se formar no sentido da inocência do infrator (por exemplo, na presença de uma excludente de ilicitude) o Estado-administração, na pessoa do seu funcionário que ali está com a atribuição de promover justiça, pede ao Estado-julgador que o libere.

Antes de mais fique claro que a função de “promover justiça” que ao Ministério Público pós 1988 foi atribuída nada mais é que justiça social, que se faz, no caso concreto, por exemplo, pela não obrigatoriedade de sustentação, contra sua convicção, de pedido condenatório. O que, diga-se de passagem, já constava expressamente, desde 1969, do “ditatorial” Código de Processo Penal Militar (art. 54, §. 1.º, do CPPM).

Ora, se a intenção – inobstante o pedido inicial deduzido na denúncia seja o condenatório – passa a ser, na verdade, de investigação da possibilidade legítima de aplicação da pena, então não há pretensão autoral a ser resistida, na medida que ao réu também interessa, de sua parte, investigar os fatos para deduzir daí sua inocência perante o juízo.

Como fica a lide penal? Se ao pedido formal de condenação é contraposto pedido formal de absolvição, ou de pouca pena, no interior do processo as partes trabalham, na prática, pelo mesmo fim: a apuração, tão eficiente quanto possível, dos fatos e também das circunstâncias em que estes mesmos se deram. Então, a lide em matéria processual penal é construção estritamente formal, conquanto seu conteúdo deve ser entendido como maneira simplesmente antagônica de interpretar a verdade – possível – apurada no processo pela atividade probatória das partes⁵.

2 - A Lide Penal Militar:

Quando o Estado-administração, por seu órgão competente, pede ao Estado-julgador a aplicação da pena a um seu próprio agente, o processo tendente a materializar tal pretensão guarda procedimento diferenciado daquele da situação comum, aquela que se aplica ao particular. Diferenciado, mas nem de longe menos instrumental ou eficaz na sua instrumentalidade. E ao agente servidor civil é determinado ao processo um procedimento ainda diferenciado do determinado ao agente servidor militar. E aqui a razão tem a ver com as peculiaridades da

⁵ Examinei a questão da verdade possível no relatório de seminário que apresentei à Prof.^a Maria Tereza Pizarro Beleza, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, na disciplina Processo Penal, intitulado “Valoração da Prova e Livre Convicção do Juiz”, disponível no site www.jus.com.br.

função militar e aquelas outras próprias do órgão que exerce a jurisdição neste âmbito específico.

Quais são essas peculiaridades inerentes ao servidor público militar? Este está muito mais sujeito a regramentos minuciosos que lhe impõem um rígido controle, conseqüência mesma do risco potencial que sua atividade profissional acarreta. Por outro lado não se olvide que o Direito Penal Militar tutela primordialmente a instituição militar, que será sempre, esta, sujeito - imediato ou mediato - do delito militar. E também que o edifício da instituição militar é todo ele levantado sobre os pilares básicos da hierarquia e da disciplina, em imagem recorrente e a que, aliás, se recorre a toda hora.

Desde que, na fundação dos exércitos modernos, por volta de meados do XVIII (em que foram estes equipados com armas portáteis de fogo) a tropa teve de suportar as primeiras descargas cerradas de artilharia de mão, a necessidade de não permitir a debandada transformou a voz de comando em elemento vital na consecução e manutenção da compactação dos corpos de tropa, visando às necessárias manobras e movimentações decorrentes da batalha e da estratégia utilizada por seus condutores. Neste ponto exacerbou-se de maneira dramática a necessidade de manter a disciplina a todo o custo, exacerbando-se da mesma forma o delineamento da hierarquia como valor fundamental, na medida da necessidade do pronto reconhecimento, por todo o corpo da tropa, de onde exala o comando.

Hierarquia e disciplina são valores próprios e inalienáveis da instituição militar, cuja incolumidade o Direito Penal Militar defende contra atos atentatórios de seus integrantes. São, por isto mesmo, de fiscalização obrigatória e informam toda a atividade do Ministério Público, titular da ação penal militar, no desenrolar do

processo, na forma do art. 55 do CPPM.⁶ Não por outro motivo, sendo estes valores inalienáveis e não transacionáveis, a ação penal militar é indisponível, na forma do art. 30 do CPPM.⁷

Por outro lado, o simples **exercício da ação penal** contra o servidor público militar lhe traz pesadas conseqüências administrativas:

- 1) a proibição, enquanto estiver *sub judice*, de movimentação (art. 392 do CPPM);
- 2) a proibição, enquanto estiver *sub judice* na Justiça Militar, de transferência, a pedido, do Oficial para a reserva (art. 393 do CPPM)
- 3) a proibição, enquanto estiver *sub judice*, de transferência a pedido, de Oficial e Praça que estiverem respondendo a inquérito ou processo em qualquer jurisdição, para a reserva (art. 97, § 4.º, do Estatuto dos Militares, Lei 6.880/80).

Já a **condenação criminal** trará para ele outras conseqüências no âmbito administrativo (além da perda da primariedade penal):

- 1) Para a Praça, a alteração da classificação de seu comportamento militar, o que poderá levá-lo a responder a Processo Administrativo Disciplinar, se não estável, ou acarretar sua ida a Conselho de Disciplina, se estável (inciso III do art. 2.º do Decreto 71.500/72), com possível perda da função pública imposta

⁶ “Art. 55: Cabe ao Ministério Público fiscalizar o cumprimento da lei penal militar, tendo em atenção especial o resguardo das normas de hierarquia e disciplina, como base da organização das Forças Armadas”.

⁷ Aliás, por este motivo é que não faz qualquer sentido se falar de aplicação dos dispositivos da Lei 9.099/95 aos crimes militares, mas houve necessidade de se chegar várias vezes ao Supremo Tribunal Federal para que Brasil afora a pretensão de bem intencionados militantes na Justiça Militar, mas que infelizmente não lhe compreendiam a índole e o propósito, se convencessem de tal fato. Mas não sem o custo elevado de muita declaração de prescrição da pretensão punitiva estatal.

pela autoridade administrativa (inciso III do art. 125 do Estatuto dos Militares, Lei 6.880/80);

2) O Oficial apenado, a ida a Conselho de Justificação (inciso IV do art. 2.º da Lei 5.836/72), com possível declaração de indignidade para o Oficialato, pelo Superior Tribunal Militar (art. 118 do Estatuto dos Militares, Lei 6.880/80), se das Forças Armadas, ou do Tribunal de Justiça competente, na forma da legislação estadual respectiva, se das Forças Auxiliares.

Ambos, Oficial e Praça, permanecem na situação de agregado, enquanto durar a **execução de pena** privativa de liberdade superior a 06 (seis) meses (art. 82, inciso X, do Estatuto dos Militares, Lei 6.880/80).

Essa ingerência imediata sobre o desempenho regular da atividade profissional e da carreira do acusado em processo penal militar - que não ocorre no caso do particular nem no do servidor público civil - por consistir em verdadeiro apenamento antes da sentença, é uma determinante a mais para que a atividade de investigação pela Polícia Judiciária Militar seja desempenhada da forma mais rigorosa possível e para que a atividade do órgão do Ministério Público Militar seja tanto quanto possível isenta de ideologias, eis que ao Juiz Auditor só é dado rejeitar a denúncia - isto é, não instaurar a ação penal militar - nas estritas situações do art. 78 do CPPM.