



# JUSMILITARIS

em revista  
ISSN: 2177-9945



Caros leitores,

É com imensa satisfação que trazemos à lume o volume 3 da Revista Eletrônica JUS MILITARIS.

Neste número, nosso entrevistado é o Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza, membro do Ministério Público Militar sendo Subprocurador-Geral da Justiça Militar, e Presidente da Associação Nacional do Ministério Público Militar - ANMPM.

A seção de doutrina estrangeira é novamente enriquecida com artigo da lavra do Dr. Vitor Pereira Chaveiro Coelho, Consultor Jurídico do Ministério de Defesa Nacional de Portugal, que se debruça agora do Estatuto do Combatente.

Já a doutrina nacional traz interessantes temas como o momento do interrogatório do acusado no processo penal militar, a conhecimento da coisa julgada na justiça especializada, análise do significado das expressões “forças auxiliares” e “reserva”, de que são dotadas as polícias militares e corpos de bombeiros militares em relação ao Exército Brasileiro e as interfaces que se apresentam entre a Justiça Federal e a Justiça Militar.

A seção Jus Militarism em Revista traz a resenha de eventos relacionados ao direito militar e que marcaram o primeiro semestre de 2011.

Boa leitura a todos,

Jorge Cesar de Assis  
Editor Responsável

Revista Eletrônica nº 3  
ISSN: 2177-9945

Revista Eletrônica Jus Militarism – criada em maio de 2010.  
Editor Responsável: Jorge Cesar de Assis  
Conselho Editorial: Henrique Guimarães Azevedo e Soel Arpini.  
Contato com o Conselho Editorial: :revista@jusmilitaris.com.br  
Diagramação: Jannah de Assis  
Imagem Capa: Svilen Milev  
Todos os direitos reservados.

<b>Entrevista com o Presidente da Associação Nacional do Ministério Público Militar.....</b>	<b>03</b>
<b>Doutrina estrangeira - Portugal</b>	
<b>O Combatente: uma perspectiva jurídica no âmbito do Direito Internacional Humanitário.....</b>	<b>07</b>
<b>Doutrina nacional :</b>	
<b>As interfaces entre a Justiça Federal e a Justiça Militar da União.....</b>	<b>14</b>
<b>O interrogatório do acusado no processo penal militar deve se dar ao final da instrução.....</b>	<b>26</b>
<b>O (re)conhecimento da coisa julgada na Justiça Militar.....</b>	<b>32</b>
<b>Análise da significação dos termos “forças auxiliares” e “reserva” constantes no art. 144, § 6º, da Constituição Federal de 1988.....</b>	<b>42</b>
<b>Jus Militarism em Revista.....</b>	<b>46</b>

Nosso entrevistado é o Dr. Marcelo Weitzel Rabello de Souza, membro do Ministério Público Militar, sendo Subprocurador Geral da Justiça Militar, atuando em Brasília – DF. Também é o Presidente da Associação Nacional do MPM (ANMPM).



**JUSMILITARIS: Vossa Excelência foi reconduzido ao cargo de Presidente da ANMPM. Nos últimos pleitos não têm aparecido concorrentes, o que demonstra que a classe está satisfeita com a atual Diretoria. Quantos anos à frente da ANMPM e como V. Exa. analisa a resposta eleitoral dos membros do MPM?**

R. Estamos à frente da ANMPM, desde meados do ano de 2003. Acreditamos e aí, utilizo-me do pronome em sentido coletivo, que tal é resultado não só deste subscritor, mas de todos aqueles que integraram e integram a Diretoria da ANMPM nesse período. Com a ajuda dos Colegas de Diretoria, conseguimos sempre procurar dar respostas rápidas e consistentes aos anseios e indagações da Classe. Além disso, sempre procuramos realizar um trabalho agregador, sem discriminação a qualquer posição adotada por algum Associado. Podemos aqui dizer também, que o trabalho foi muito facilitado em razão do que já havia sido realizado por Diretorias anteriores. Por fim, registramos o nosso agradecimento pela confiança depositada pelos Colegas, estando ciente que tal somente aumenta a responsabilidade no que toca a execução de nossas atividades.

**JUSMILITARIS: O constituinte derivado deu uma competência diferenciada à Justiça Militar Estadual, com o advento do processo e julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares e fortalecimento do juiz de direito, garantindo-lhe jurisdição monocrática. Como V. Exa. vê o aparente descaso com a PEC 358 em relação à Justiça Militar da União, já que a proposta de emenda constitucional repousa no Congresso desde 2005?**

R. Não diria que seria a hipótese de descaso. Acredito que o problema maior foi de oportunidade e entendimento.

Tempo. Pois se deixou de aproveitar o andamento daquela PEC e seguir juntamente com a Justiça Militar estadual em um momento que o Legislativo era totalmente favorável as mudanças, propostas que aliás, iam além da reforma da Justiça Militar estadual. Quando depois, se tentou inserir a modificação, outros obstáculos surgiram o que tem dificultado o entendimento e um possível acordo que sinalize ao Legislativo o momento de avançar com a PEC.

A situação proposta posteriormente, envolve um entendimento mais amplo entre a Magistratura e a OAB, já que limita o número de advogados no STM. Reduz também, o número de Ministros do STM, o que implica uma certa desmotivação por parte do Judiciário Militar da União em seu avanço. Por último, traduz alteração de competência junto a Justiça Federal, circunstância que não é unânime naquele ramo Federal e que requer entendimentos entre os ramos do Judiciário e o Legislativo.

Certo é que esta assimetria processual entre a Justiça Militar dos Estados e da União não é boa para evolução e debate do Direito Processual Militar.

**JUSMILITARIS: Pode-se afirmar, atualmente, que existe uma doutrina brasileira de direito militar? Como se dá o relacionamento entre as esferas federal e estadual da Justiça Militar?**

R; Eu prefiro dizer, que esta doutrina existe, porém de forma ainda incipiente, porém de maneira bem animadora em termos de futuro e consolidação. Esse despertar para o Direito Militar em termos doutrinários, tem surgido recentemente de forma mais abundante, por parte de Colegas do MP da União e dos Estados, como também de alguns Juízes com atuação na área tanto da União como dos Estados. Alguns trabalhos conjuntos, inclusive têm sido produzidos. E hoje se pode afirmar que há uma divulgação maior de obras jurídicas sobre o tema.

Ainda nos falta alcançar o mundo acadêmico. Recentemente apoiamos iniciativa de alguns Magistrados junto a OAB no sentido de inserir a disciplina Direito Militar no Exame de Ordem e no magistério universitário. Creio que se avançarmos nessas duas áreas, um novo impulso ao estudo do Direito Militar no Brasil será alcançado, talvez se alcance uma profusão dos debates, como o que se observa em termos de publicação desses temas no estrangeiro.

Como disse acima, uma posição mais simétrica entre o Direito Processual Penal no âmbito estadual e da União, também facilitaria a análise e divulgação da doutrina correspondente a um Direito Militar. Ainda mais, quando observamos que temos uma formação estrutural bem democrática, com Juízes civis e militares, com um Ministério Público Militar independente e com carreira própria, ou seja, com uma estrutura que em muito tem a contribuir para divulgação e consolidação de um Direito Militar. Isso traria repercussões muito favoráveis, inclusive para um debate junto ao Legislativo pátrio que também precisa nos conhecer melhor.



**JUSMILITARIS: A ANMPM participa ativamente da Associação Internacional das Justiças Militares – AIJM desde a criação desta em 2003. O Brasil está assumindo uma posição de destaque no cenário internacional?**

R. Sem dúvida. A pergunta, tais quais as anteriores, assume um caráter bem atual. A atuação das Forças Armadas e Polícias Militares brasileiras no exterior, tem historicamente mostrado a importância do Brasil nesta área. Mais recentemente e emblemática se mostra a atuação das tropas brasileiras no Haiti.

Além disso, podemos assinalar que o Brasil é signatário do Tratado que nos envolve com o Tribunal Penal Internacional, se bem que nesta área, precisamos observar que a legislação proposta ainda precisa ser aprovada no Congresso Nacional, mas que demonstra o nosso envolvimento com o estágio de desenvolvimento do Direito Internacional Humanitário.

**JUSMILITARIS: Especificamente em relação ao Ministério Público Militar, sabe-se que o MPM não exerce uma atuação efetiva sobre a atividade de polícia judiciária militar fora do Brasil, limitando-se, via de regra, ao exame dos IPMs que aportam na Auditoria da 11ª CJM. Qual a posição atualmente do MPM em relação às forças brasileiras que atuam à disposição da ONU? Na maioria das vezes o que ocorre são convites das FAAA para que algum membro do MPM acompanhe determinada força? Existe fiscalização ministerial de ofício? De que forma V. Exa. acha que o MPM deve exercer esse controle internacionalmente?**

R. O ideal seria que isso já fosse tratado antes do envio das tropas. Como a participação de militares no exterior, precede a acordos e tratativas internacionais com o Governo nacional, seria conveniente que esta questão também fosse antecipadamente acordada. Isso permitiria inclusive, por parte da administração, um planejamento junto aos nossos pares quanto ao envio ou participação de Colegas nessas missões.

Um outro ponto, que trago a reflexão, sem aqui, lançar uma posição definitiva, diz respeito a sua citação quanto a 11ª CJM. Devemos lembrar que o Cód. de Proc. Penal Castrense é de 1969, de lá para cá, houve uma nítida expansão quanto a atuação das FFAA em missões no exterior, sendo certo, que os deslocamentos havidos são originários de vários Estados brasileiros. A indagação que faço é se não seria o momento de refletirmos um pouco sobre mudança na limitação imposta quanto ao julgamento de crimes ocorridos no exterior que hoje estão afetas a 11ª CJM, para um outro modelo, que talvez se relacionasse mais a origem da tropa enviada? Não tenho exatamente uma fórmula, até mesmo em razão de que várias vezes saem segmentos de vários Estados, mas creio que uma norma mais flexível neste sentido, facilitaria o acompanhamento processual, apoio e intercâmbio com a autoridade policial, já que o delito se ocorresse seria apreciado por Membro do MPM e Juízes lotados em local próximos aquele administrado pela Unidade Militar no Brasil.

**JUSMILITARIS: Sabe-se que juízes e promotores brasileiros participaram de seleção para atuar em Tribunais Internacionais da ONU. Recentemente, dois juízes-auditores atuaram em Tribunal Internacional no Timor Leste, sendo que no MPM não há qualquer incentivo para que seus membros participem desses Tribunais. Considerando que esta atitude enobrece o Brasil, qual sua opinião sobre o assunto e de que forma o mesmo deveria ser tratado?**

R. Considero como fundamental uma participação mais efetiva dos Membros do MPM. Pelo menos, que se dê tal oportunidade ao MPM para escolha e indicação de alguns de seus Membros, principalmente quando estamos a tratar de tropas ligadas a União, como é o caso das FFAA.

Não devemos esquecer também, que tais missões têm um caráter estratégico-político para o País, sendo então fundamental que os agentes do MP que dela participem também sejam da União.

Esse ponto questionado nos reporta um pouco ao que foi afirmado no item anterior. Cabe ao MPM se relacionar com as entidades que tratam dessas missões. Não podemos, ainda mais em função da importância que assume hoje o Ministério Público, ficarmos “ilhados” no estudo apenas da ofensa ao Direito Penal Militar quando ocorrer. Devemos nos relacionar com outros segmentos da sociedade e do governo (representantes também desta sociedade), no sentido de participar e contribuir para solução de eventuais conflitos, de futuras indagações, ainda mais em tema tão importante para a imagem das Forças Armadas e do País. Tal chama mais ainda a atenção, quando observamos o deslocamento de integrantes do Judiciário, pois como é sabido, sua atuação depende no âmbito penal militar de uma prévia participação de Membros do Ministério Público Militar

**JUSMILITARIS: Agradecemos vossa participação, queira deixar suas considerações finais.**

Gostaria de deixar aqui registrado o meu agradecimento ao espaço oferecido para o debate. Tal debate se mostrou muito mais engrandecido em razão do nível dos questionamentos ofertados, que espero ter chegado próximo em algumas respostas.

Deixo também o meu reconhecimento ao belo trabalho realizado pelo sítio “jus militar”, um espaço sem dúvida que em muito contribui para o debate de temas tão caros a nossa sociedade e ainda pouco discutidos por grande parte dos operadores do Direito.

A ANMPM, por meio de seus integrantes, e aqui falo também por eles, agradece a oportunidade ofertada e coloca-se a disposição sempre que entender necessário, para debater tema tão interessante e ainda merecedor de largo campo evolutivo, como é o Direito Militar.

### O COMBATENTE “UMA PERSPECTIVA JURÍDICA NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL HUMANITÁRIO”

Vitor Pereira Chaveiro Coelho

A noção de combatente, na acepção daquele que combate, costuma na maioria das vezes, pertencer ao estudo das ciências militares e das relações internacionais.

Contudo nos tempos que correm, onde o Direito Internacional, na sua vertente humanitária vai alcançando terreno, cada vez mais firme, cumpre-nos a nós, estudantes da Ciência do Direito, analisar a noção de combatente numa perspectiva jurídica.

Temos assim no presente trabalho, como principais objectivos, a tipificação dos vários actores que nos surgem no amplo conceito de combatente e a sua protecção pela respectiva legislação internacional existente.

Após uma leitura muito atenta da diversa bibliografia existente, pensamos ter adquirido o conhecimento necessário à prossecução dos objectivos a que nos propusemos no presente estudo.

Porém estamos bem cientes que, por imperativos de simplicidade de análise e síntese textual, cingiremo-nos a uma análise muito superficial da matéria.

Face ao exposto ficaremos sempre, muito aquém, do merecido rigor técnico e científico que complexa matéria merece.

## 1. INTRODUÇÃO

O Direito Internacional Humanitário (DIH), teve a sua origem na Convenção de Genebra de 1864 e hoje concretiza-se nas Convenções de Genebra de 1949 e Protocolos Adicionais de 1977 e na Convenção de Haia de 1954, relativo a bens culturais.

Paralelamente ao Direito de Genebra, as Nações Unidas iniciaram, na 2ª metade do Século XX, a criação de normas que incidem sobre a limitação do uso da força, a fim de proteger as vítimas dos conflitos, codificação que se tem designado “Direito de Nova York”.

Tradicionalmente, o então designado Direito da Guerra regulava os meios e modos de condução das hostilidades. Com origem consuetudinária e assentando em costumes e práticas, tem a sua base normativa nas Convenções e Regulamentos de Haia (1899 e 1907) e em Convenções e protocolos mais recentes, referentes à proibição e restrição do uso de certas armas ou técnicas de condução dos conflitos.

Posteriormente, o Direito Internacional evoluiu para o conceito mais amplo de “Direito dos Conflitos Armados”, que integra o conjunto de normas jurídicas que regulam os direitos e deveres das partes nos conflitos armados, os meios e modos de combater (Direito de Haia) e a protecção das vítimas dos conflitos (feridos, doentes, náufragos, prisioneiros de guerra e população civil) e dos bens civis (culturais indispensáveis à sobrevivência da população civil e do meio ambiente natural). Hoje, em face da sua dinâmica normativa e grande desenvolvimento, o Direito Internacional tem vindo a ter uma relevante função em tempo de paz, e tem complementado o Direito Internacional Humanitário com normativos referentes à protecção das mulheres e crianças em situação de emergência e conflito armado, à protecção contra a tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, às execuções sumárias e arbitrárias, ao desaparecimento forçado e demais desumanidades que por vezes sucedem no âmbito de conflitos armados.

Demonstra-se assim, a importância que o Direito Internacional Humanitário tem ganho, fornecendo-nos os elementos normativos de identificação de determinada conduta, e distinguindo o que está certo no “*jus in bello*” que a natureza humana dificilmente irá deixar de usar.

É também através do DIH que retiraremos os principais elementos para a prossecução do objectivo a que nos propusemos, até porque o título a isso obriga, que é o de identificar o combatente, as diversas noções e diferentes tipologias que pode adquirir, de acordo com a sua legitimidade e identificar genericamente os “direitos” e “deveres” inerentes a essa condição, analisando os meios de protecção que no âmbito de um conflito armado, o direito internacional lhes confere.<sup>1</sup>

## 2.O COMBATENTE E A SUA CONSAGRAÇÃO NO DIREITO INTERNACIONAL – RESENHA DA EVOLUÇÃO HISTÓRICA

A História Universal da Humanidade, é na sua maioria composta por relatos de conflitos entre os povos, elevando por vezes o conceito de combatente, a um pedestal de heroísmo ou cobardia humana, conforme o desfecho vitorioso ou de derrota.

E a noção de combatente, na verdadeira acepção castrense da palavra, como aquele que combate, tem meios para combater e é parte num conflito armado, perde-se na memória do tempo.

Contudo, só nos finais do séc. XIX, em 1899, a noção de combatente, foi tida em conta, com a sua consagração em textos jurídicos internacionais.

Resultado das Conferências de Haia, foi adoptado em anexo à Convenção, o Regulamento denominado de Leis e Usos da Guerra, e este regulamento, consideramos ser o primeiro documento que identifica a figura do combatente.

O regulamento identifica não só o combatente, como combatente regular pertencente aos exércitos, mas abrange também na ampla noção, aqueles que pertencessem às milícias e aos corpos voluntários, desde que estivessem sob circunstâncias de comando, numa cadeia hierárquica, alertando para a exigência de distintivo fixo e visível, devendo ser portadores de armas e obedecerem às leis e usos da guerra.

Para além da consagração da noção de combatente, vem também consagrar a noção de beligerante, às populações de um território ainda não ocupado, sem uma estrutura de carácter militar organizado, pega em armas, para combater as tropas invasoras.

Em 1907, ainda que após a elaboração de novo Regulamento a noção de combatente é inalterada na sua substância.

Contudo em 1929, atendendo à nova realidade dos conflitos armados, a Convenção Relativa ao Tratamento de Prisioneiros de Guerra, de 1929, aplica o conceito de combatente do Regulamento de Haia de 1907, mas estende a sua protecção aos membros de forças armadas capturados no decurso de operações de guerra marítima e aérea.

Após o desastre humanitário provocado pela II Guerra Mundial, surgiram resultado dos meios desumanos aplicados no conflito, um conjunto de quatro convenções que enformam a Convenção de Genebra de 12 de Agosto 1949, tendo sido adoptadas as seguintes convenções:

- Convenção I, Melhoria das Condições dos Feridos e Doentes das Forças Armadas em Campanha;
- Convenção II, Melhoria das Condições dos Feridos e, Doentes e Náufragos das Forças Armadas no Mar;
- Convenção III, Relativa ao Tratamento dos Prisioneiros de Guerra;
- Convenção IV, Relativa à Protecção dos Civis em Tempo de Guerra.

Posteriormente, entre 1974 e 1977, realiza-se a Conferência Diplomática sobre a Reafirmação e Desenvolvimento do DIH aplicável nos conflitos Armados, da qual resultou a aprovação de dois Protocolos Adicionais às Convenções de Genebra.

- Protocolo I, Relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais;
- Protocolo II, Relativo à Protecção das Vítimas dos Conflitos Armados não Internacionais.

Poderíamos referir, que desde Genebra até aos dias de hoje, diversas convenções e protocolos adicionais, relativos à protecção do combatente foram adoptadas.

A maioria das convenções são relativas à restrição de determinado tipo de armamento e métodos de guerra, que para o presente estudo, apenas revela a especial protecção dada ao combatente.

Podemos assim afirmar, que hoje, são estes os instrumentos jurídicos internacionais através dos quais, o combatente adquire, consoante a sua tipologia, uma série de direitos e deveres advenientes da protecção que os referidos textos proporcionam.<sup>2</sup>

### 3. OS DIVERSOS ACTORES NOS CONFLITOS – SUBCATEGORIAS DO CONCEITO DE COMBATENTE

3.1 Num conflito armado, vários são os actores que podem, num teatro de operações, actuar desempenhando um determinado papel, podendo a acção desenvolvida ser protegida ou não, de acordo com as normas humanitárias, que por imperativo legal, se impõe no âmbito de um conflito.<sup>3</sup>

Assim, compete-nos, até por necessidade de balizar o conceito de combatente, excluir uma série de actores, que pelas suas características, possam de alguma forma ser confundidos e integrados erradamente no conceito de combatente.

Devemos assim evidenciar, desde já, aqueles que no âmbito da função desempenhada são expressamente protegidos, não se enquadrando no conceito de combatente, que o presente estudo entende.

**-Forças de apoio à Paz** (que actuem ao abrigo do Cap.VI da CNU): - não consideraremos os elementos das forças de manutenção paz que desempenhem funções no âmbito de resoluções pacíficas de conflitos ou controvérsias entre duas ou mais parte, verdadeiros combatentes, pois a sua acção tem um carácter preventivo de conflito, pelo que o seu empenhamento é feito ao abrigo das Nações Unidas, nos termos do Capítulo VI da respectiva Carta das Nações Unidas.

**- Feridos, doentes e outro pessoal em “distress”:** - considerando combatentes e demais pessoal que pela incapacidade de participar nas hostilidades, são expressamente protegidos pela Convenção de Genebra.

**- Pessoal afecto aos serviços sanitários e religiosos;** - devido à função desempenhada, no âmbito da saúde e religioso.

**- Pessoal afecto à defesa civil:** - pessoal expressamente protegido pelas convenções;

**- Pessoal afecto ao património cultural** – pessoal expressamente protegido pelas convenções

**- Não combatentes** – pessoal expressamente protegido pelas convenções.

Diferente das categorias acima mencionadas, situa-se dois tipos de actores que tomam parte nos conflitos, cujo enquadramento legal praticamente não existe.

**- Empresas de segurança privada;**

**- Empresas militares privadas.**

A doutrina tem tido dificuldade de enquadrar estas figuras ao abrigo das convenções e respectivos protocolos adicionais.

A tentativa tem sido integrá-los na categoria de mercenários, mas com tal comparação não concordamos, por não preencherem os requisitos que adiante iremos explicitar.<sup>4</sup>

3.2 De acordo com as categorias atrás mencionadas e por exclusão de partes, chegamos às categorias nucleares do conceito de combatente<sup>5</sup>, o qual por sua vez se subdivide em duas grandes categorias e respectivamente subcategorias:

#### A) Legítimos:

- Regulares;
- Excepcionais ou privilegiados;
- Anómalos;
- Forças de apoio à paz (Cap. VII da CNU);

#### B) Ilegítimos:

- Espiões;
- Mercenários;
- Franco-atiradores civis isolados.

Vejamos cada uma das categorias de actores, começando por a dicotomia entre combatentes legítimos e ilegítimos.

#### A) Combatentes Legítimos

Consideram-se legítimos, os combatentes que cumprem os requisitos legais, individualmente e colectivamente, tendo desta forma “ direito de participar directamente das hostilidades”, nos termos do art. 43º, nº 2, do Protocolo I.

Segundo as Convenções de Genebra de 1949, da conjugação do art. 13º, da Convenção I e II e art. 4º, da Convenção III, resulta que os membros das forças armadas usufruem da presunção de que são combatentes legítimos.

Já no tocante às milícias, membros de corpos voluntários e os integrantes dos movimentos de resistência organizados, as convenções de genebra impõe exigências colectivas que são a submissão a um comando responsável e o respeito às leis e costumes da guerra, e individuais, que compreendem a necessidade do uso de um sinal fixo e reconhecível à distância e serem portadores de armamento à vista.

De relevar, ainda na questão da legitimidade, que o Protocolo I acrescentou à lista dos combatentes legítimos, os guerrilheiros a que denominamos de excepcionais ou privilegiados, cuja a actuação num conflito, permite, implícita ou provisoriamente, a falta de distinção relativamente á população civil.

#### B) Combatentes Ilegítimos

Consideram-se ilegítimos, aqueles que participam directamente no conflito, mas não atendem aos requisitos individuais ou colectivos, estabelecidos nas normas internacionais e que garantem a legitimidade de participação no conflito.

Em consequência, não usufruem, em caso de captura, da condição de prisioneiros de guerra, estando sujeitos ao tratamento local, com as limitações estabelecidas pelo DIH, como não poderia deixar de ser.

Agora que está feita esta importante distinção, vejamos cada subcategoria em especial:

**- Combatente Legítimos Regulares** – Consideram-se combatentes regulares os membros das forças armadas das Partes em conflito ou a eles assimilados que participam dos combates de forma tradicional, devendo para o efeito considerar-se regulares os seguintes grupos:

- Os membros das forças armadas, incluídos os membros das milícias e corpos voluntários a elas integrados,

- Os membros de outras milícias e membros de outros corpos de voluntários, incluindo os dos movimentos de resistência organizados, pertencentes a uma Parte em conflito, que operem fora ou no interior do seu próprio território, mesmo quando ocupado;

- Os membros das forças regulares ao serviço de um Governo ou de uma autoridade que não seja reconhecida pela Potência detentora.

**- Combatentes legítimos excepcionais ou privilegiados (guerrilheiros)** – Consideram-se como combatente excepcionais, os denominados na gíria geopolítica de guerrilheiros.

Incluídos nesta categoria, por força do art. 44º, nº3, do Protocolo I, ao referir:

“Tendo em conta que há situações nos conflitos armados em que, devido à natureza das hostilidades, um combatente armado não se pode distinguir da população civil, conservando este o estatuto de combatente desde que, em tais situações, use armas de forma declarada, durante a acção militar e enquanto estiver em contacto directo com o adversário, ao tomar parte numa acção militar que preceda o ataque em que deve participar.”

- **Combatentes legítimos anómalos** – Consideram-se anómalos devidos às características fundamentais, nomeadamente a desorganização e a espontaneidade diante da ocupação do território nacional pelo inimigo, além das obrigações de exibir armas e respeitar as leis e usos da guerra.

Esta modalidade de combatente está prevista nos artigos 13, nº 6, das convenções I e II e art. 4º, nº 6, da Convenção III, sendo que desde logo esta modalidade esteve prevista no Regulamento de Haia de 1899, tendo sido reiterada no Regulamento de 1907. Contudo o art. 2º do Regulamento de 1899, não exigia o combatente ser portador de arma declaradamente.

Tal como acontece com os guerrilheiros, não há exigência de exibição de sinais fixos e visíveis, tendo em conta o seu carácter de urgente e provisório, devendo contudo, como atrás referimos, ser portador de armas.

Sem dúvida, esta situação ocorre tanto nos casos de insurreição em massa, de carácter espontâneo, tal como nos levantamentos em massa, em virtude de directriz política ou mensagem ideológica que possa por em marcha, um movimento popular. Um aspecto peculiar destes combatentes é que eles se manifestam em território não ocupado e diante da aproximação do inimigo, o que faz presumir que se o território for ocupado desaparece a figura, fazendo surgir outras categorias de combatentes, excepcionais ou regulares.

- **Combatentes legítimos (Forças de apoio à paz)** – Podemos afirmar que estamos perante combatentes, no âmbito em que o presente estudo se enquadra, pela distinção feita, passos atrás, quando considerámos as forças de apoio à paz que actuassem ao abrigo do Cap. VI da Carta das Nações Unidas. Vejamos que quando a força é projectada para um determinado teatro de operações ao abrigo do Cap. VII, da CNU, sendo na maioria das vezes no âmbito do direito de ingerência, sendo pela natureza de intervenção, ser considerados como combatentes.

- **Combatentes ilegítimos, Espiões, Mercenários e Franco-atiradores.**

Ainda que cada um tenha as suas especificidades, que para o presente trabalho não relevam, é de notar a sua consagração no art. 46º e 47º do Protocolo I, de 1977, a definição do que é um espião e um mercenário, e fica claro que não têm o estatuto de combatente, nem adquirirão, o de prisioneiro de guerra em caso de captura, contudo nos art. 45º e 75º do mesmo protocolo, são garantidos os direitos mínimos por condições de humanidade, ficam sujeitos ao que denominados de “municipal law”.

Por curiosidade da figura, é apenas digna de nota pela ausência nos textos internacionais, não devendo nunca ser confundida com o combatente legítimo que actua destacado da sua unidade, cumprindo a missão de atingir objectivos militares específicos, pois continua vinculado ao seu comando e atende às exigências das normas de DIH.

Assim, enquanto esta figura não se adequar aos requisitos individuais e colectivos para serem enquadrados como combatentes legítimos, os franco-atiradores exercem actividade ilícita, considerada crime de guerra, não só pela tipicidade da pratica dos seus actos mas por violar uma das bases do sistema de protecção do DIH, que é a existência de uma estrutura organizada de poder que permita o controlo das suas actividades.

#### 4. PRINCIPAIS MEIOS DE PROTECÇÃO DO COMBATENTE

Após a clarificação do conceito de combatente, as diversas categorias e subcategorias na forma em que se apresenta em conflito armado, cumpre-nos analisar os principais meios de protecção de que o combatente usufrui.

Como expressa o art. 42, nº2, “ o combatente legítimo tem o direito de participar das hostilidades”, o que compreende a possibilidade de atacar e ser atacado. Como é obvio, a participação nos ataques impõe ao combatente o dever, a obrigação, de adequar a sua conduta às normas de DIH, em relação ao inimigo, à população civil, respeitando os bens de carácter civil, identificar e respeitar os sinais e emblemas protectores de pessoas e bens.

Do outro lado do espectro do estatuto do combatente surgem os “direitos” ou seja, o combatente usufrui das protecções que lhe são atribuídas pelo DIH, durante os combates ou ao ser ferido, ficar doente ou naufragar.

Nestas ultimas hipóteses, deixará de ser considerado combatente e passa às categorias que passos atrás, em 3.1, identificámos como pessoal expressamente protegido, mais especificamente no caso de feridos, doentes e náufragos, através da protecção das Convenções I e II e das normas do Protocolo I.

Tal como, no caso de captura, em que o combatente deixa de o ser, para ser abrangido pela categoria de prisioneiro de Guerra, o que lhe garante a protecção da Convenção III e das normas, ao assunto referente, do Protocolo I.

Contudo o combatente, aquele que combate, é aquando da sua participação em combate que podemos ainda referir outros tipos de protecção, nomeadamente através da proibição de meios e métodos de guerra, ainda que estejamos sempre perante uma protecção indirecta.

Quando falamos de meios de Guerra, falamos de uma preocupação do DIH, que desde sempre proibiu ou tentou limitar, genericamente ou especificamente, o uso de determinadas armas, em razão do dano excessivo que podiam provocar, dos efeitos indiscriminados ou da redução da possibilidade de defesa do atacado.

O princípio da proibição de causar danos supérfluos ou sofrimentos desnecessários constitui, hoje dia, norma fundamental do DIH.

Na busca de garantir o respeito por esses princípios, estão hoje em vigor inúmeras vedações de uso de certas armas que oferecem, protecção específica aos combatentes e demais vítimas num conflito armado, como é o exemplo da proibição de armas cegantes a laser, que em 1995 foi acrescentado à Convenção o IV Protocolo, entre outras proibições expressamente consagradas nos textos adicionais às convenções.

Por outro lado quando falamos em métodos, outro princípio que nos surge, o da proporcionalidade, aparece-nos como directriz da proibição de determinados métodos que sejam desproporcionais à vantagem militar que alcançada em virtude da utilização dos mesmos. Nesta linha de raciocínio, o DIH implementou inúmeras proibições de métodos de combate com o objectivo de proteger os combatentes, tentando ao máximo, paradoxalmente, implementar boa-fé e justiça no combate, mas também uma honradez e dignidade, evitando meios traiçoeiros e de má fé que de certa forma desumanizam o combate.

Como exemplo dessas proibições surge-nos a proibição da perfídia, o uso indevido de emblemas e símbolos e demais métodos que traiçoeiros.

Por outro lado, existe uma série de obrigações tais como a de dar quartel ou não negar a vida ao inimigo em caso de rendição, aplicando-lhe a seguir as normas de DIH, consoante a categoria em que se enquadre, levando a cabo uma verdadeira protecção ao inimigo que se encontra fora do combate.

Sem dúvida, as normas protectoras garantidas aos combatentes constituem um mínimo jurídico que as Partes em conflito não podem desrespeitar. Tais limitações não estão circunscritas ao tratamento que devem merecer as vítimas dos conflitos armados, mas abrangem também os métodos e meios de combate que protegem os combatentes.

Tais normas procuram apenas, humanizar e garantir o equilíbrio entre o princípio da proporcionalidade, onde por um lado se pretende evitar danos supérfluos e desumanos e por outro adequar a agressão à vantagem que se obtém, aplicando assim alguma lógica na acção do combatente.

#### 5. CONCLUSÕES

Humanizar a guerra, não será de facto tarefa fácil, pois a agressividade é uma característica inerente ao ser humano, ainda assim, é apelando à racionalidade humana, que nos distingue dos restantes animais, que controlaremos os nossos ímpetos desumanos.

Quanto mais humana for a guerra, mais justa será e o desenvolvimento do “jus in bello” é um caminho essencial para a construção dessa humanização, que entendemos ser possível.

Não temos dúvidas, que as normas protectoras garantidas aos combatentes constituem um mínimo jurídico que as partes em conflito não podem desrespeitar. Tais limitações não estão circunscritas ao tratamento que devem merecer as vítimas dos conflitos armados, mas espalham-se pelos métodos e meios de combate, que protegem os combatentes. Essas mesmas normas, são no nosso entender, garantísticas dos princípios da proporcionalidade e o princípio da humanidade.

Pensamos também, que com a criação do Tribunal Penal Internacional, se deu força sancionatória às normas de direito humanitário, que se constituíam como programáticas, pois representavam o direito substantivo do direito internacional, e carecia de um direito adjectivo, que efectuasse um processo de responsabilização por incumprimento. Esperemos que seja mais um passo na construção do Direito Humanitário.

## Notas

1 Cfr. CARREIRA, José Manuel Silva – O Direito humanitário, as regras de empenhamento e a condução das operações militares; Grupo de estudo e reflexão de estratégia; Edições Culturais, Marinha; Cadernos Navais – Nº 11 – Outubro – Dezembro: 2004

2 Ref. SALCEDO, Juan António Carrilo. El Derecho internacional em perspectiva histórica. Madrid: Tecnos, 1991

3 Cfr. LEANDRO, Francisco José – As armas das Vítimas. Um novo prisma sobre o Direito Internacional Humanitário e dos Conflitos Armados. Lisboa: Edições Cosmos e Instituto da Defesa Nacional; ISBN 972-8471-92-0.

4 Para uma maior compreensão das dificuldades no enquadramento jurídico cfr. LEANDRO, Francisco José – Os não Combatentes que Combatem. Lisboa: Jornal do Exército, ano – Nº 544 – Outubro de 2005

5 Não seguimos a divisão feita por, José Funes, in El Derecho de los Conflitos Armados: De iure belli, el derecho de guerra, el derecho internacional humanitário, el derecho humanitário bélico, optando antes por um divisão que nos parece mais concisa do ponto de vista jurídico, abrangendo contudo as forças da ONU.



Vitor Pereira Chaveiro Coelho,  
Consultor Jurídico do Ministério de Defesa Nacional de  
Portugal

## As interfaces entre a Justiça Federal e a Justiça Militar da União

Soel Arpini

### 1. Introdução

A Constituição, como norma fundante de uma nação, na lição de Alexandre de Moraes, tem como objeto estabelecer a estrutura, a organização de suas instituições e órgãos, o modo de aquisição e limitação do poder, através, inclusive, da previsão de diversos direitos e garantias fundamentais<sup>1</sup>.

A República Federativa do Brasil adota como Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário.

Em relação à organização do Poder Judiciário, o Constituinte originário, além de lhe assegurar a autonomia e independência essenciais à caracterização de um verdadeiro Estado Democrático de Direito, enumerou seus os órgãos e estabeleceu detalhadamente as competências que lhe cabiam. Na visão de Clèmerson Merlin Clève.

“Talvez não exista Judiciário no mundo que, na dimensão unicamente normativa, possua grau de independência superior àquela constitucionalmente assegurada à Justiça Brasileira”<sup>2</sup>

Em relação ao objeto deste trabalho, necessário se faz identificar quais as competências jurisdicionais estabelecidas pelo legislador constitucional para a Justiça Militar da União.



Soel Arpini é promotor da justiça militar da União, lotado em Santa Maria-RS

## 2. A Competência da Justiça Militar da União

A Constituição Federal, ao tratar sobre a competência da Justiça Militar da União, estabeleceu que:

“Art. 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Parágrafo único. A lei disporá sobre a organização, funcionamento e a competência da Justiça Militar.”

Os crimes militares foram definidos no Código Penal Militar (CPM), Decreto-Lei nº 1.001/69, o qual foi recepcionado pela atual Constituição. Não se pode deixar de mencionar que, embora recepcionado pela Lei Maior, o CPM é um diploma legal instituído pelo Poder Executivo, na forma dos malsinados decretos-leis, em um momento de séria crise institucional, razão pela qual sua leitura constitucional deve ser feita com bastante cuidado.

Em tempo de paz, são crimes militares aqueles que se amoldarem a uma das situações previstas no art. 9º do CPM.

“Art. 9º Consideram-se crimes militares, em tempo de paz:

I - os crimes de que trata este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;

II - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:

a) por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado;

b) por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996)

d) por militar durante o período de manobras ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil;

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

III - os crimes praticados por militar da reserva, ou reformado, ou por civil, contra as instituições militares, considerando-se como tais não só os compreendidos no inciso I, como os do inciso II, nos seguintes casos:

a) contra o patrimônio sob a administração militar, ou contra a ordem administrativa militar;

b) em lugar sujeito à administração militar contra militar em situação de atividade ou assemelhado, ou contra funcionário de Ministério Militar ou da Justiça Militar, no exercício de função inerente ao seu cargo;

c) contra militar em formatura, ou durante o período de prontidão, vigilância, observação, exploração, exercício, acampamento, acantonamento ou manobras;

d) ainda que fora do lugar sujeito à administração militar, contra militar em função de natureza militar, ou no desempenho de serviço de vigilância, garantia e preservação da ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim, ou em obediência a determinação legal superior.

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum.”

Registre-se, por oportuno, que aguarda sanção presidencial o Projeto de Lei nº 6615/2009, de iniciativa do Senado Federal, aprovado pelas duas Casas Legislativas, o qual “altera o art. 9º do Código Penal Militar, para estabelecer a competência da Justiça Militar no julgamento de crimes dolosos contra a vida cometidos no contexto de abate de aeronaves civis na hipótese do art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica”.

Já em tempo de guerra, as hipóteses de cometimento de crime militar seriam ainda mais elásticas. Transcrevemos o dispositivo.

“Art. 10. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra:

I - os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra;

II - os crimes militares previstos para o tempo de paz;

III - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial, quando praticados, qualquer que seja o agente:

a) em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado;

b) em qualquer lugar, se comprometerem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo;

IV - os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado.”

A organização, funcionamento e competência da Justiça Militar estão previstos tanto no Código de Processo Penal Militar (CPPM), Decreto-Lei nº 1.002/69, como na Lei de Organização da Justiça Militar (LOJM), Lei nº 8.457/92.

A Justiça Militar da União de primeiro grau, segundo a leitura da Lei nº 8.457/92, processa e julga os militares (excluindo os oficiais-generais) e os civis que praticarem crime militar definido em lei.

No primeiro grau, em tempo de paz, o processo e o julgamento são realizados por um Conselho de Justiça (art.16, Lei nº 8.457/92).

Caso o acusado seja praça ou civil, será processado e julgado pelo Conselho Permanente, que, além do juiz-auditor, possui um oficial-superior, que será o presidente, e mais três oficiais de posto até capitão.

Na hipótese do acusado ser oficial (excluindo-se a hipótese de oficial-general), será processado e julgado pelo Conselho Especial, constituído pelo juiz-auditor e quatro juízes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial-superior de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antiguidade que os demais juízes.

Em poucas linhas, deve-se respeitar o princípio constitucional da hierarquia, pois o Conselho de Justiça será constituído de juízes militares superiores hierarquicamente ao acusado.

Segundo a LOJM, o Superior Tribunal Militar é competente para processar e julgar os oficiais-generais nos crimes militares. Dispõe a alínea ‘a’ do inc. I do art. 6º da Lei nº 8.457/92, cuja redação atual foi dada pela Lei nº 8.719/93:

“Art. 6º Compete ao Superior Tribunal Militar:

I - processar e julgar originariamente:

**a) os oficiais-generais das Forças Armadas, nos crimes militares definidos em lei;”**

Em poucas linhas, esta seria a base legal da competência da Justiça Militar da União, órgão incluído no Poder Judiciário Brasileiro a partir da Constituição de 1934.

### 3.Aspectos criminais

A Justiça Militar da União processa e julga militares e civis que cometerem crime militar. Ocorre que, em relação aos crimes militares praticados por civis, o Guardião da Constituição tem se manifestado, de maneira reiterada, que a competência da JMU é excepcional, somente incidindo quando as condutas imputadas aos civis ofenderem aos bens jurídicos tipicamente associados à função militar, como a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem. Com este fundamento, o Supremo Tribunal Federal tem afastado a competência da JMU para processar diversas condutas imputadas a civis. Transcrevemos decisões neste sentido.

“EMENTA: HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. FALSIFICAÇÃO DE CARTEIRA DE IDENTIFICAÇÃO E REGISTRO (CIR). CRIME MILITAR NÃO CARACTERIZADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM FEDERAL. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. O delito militar praticado por civil, em tempo de paz, tem caráter excepcional. A Justiça Militar somente terá competência para julgar condutas de civis quando ofenderem os bens jurídicos tipicamente associados à função castrense, tais como a defesa da Pátria e a garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem. 2. Compete à Justiça Federal analisar e decidir as ações penais contra civil denunciado pelo crime de falsificação de Caderneta de Inscrição e Registro (CIR) ou Habilitação de Arrais-Amador, ambas expedidas pela Marinha do Brasil. Precedentes. 3. Ordem concedida.” (STF, HC nº 104.619348/BA, Ministra Relatora Carmem Lúcia, julgamento 08/02/11, publicação DJE 14/03/11)

“EMENTA: HABEAS CORPUS. COMPETÊNCIA. JUSTIÇA MILITAR. CRIME MILITAR NÃO CARACTERIZADO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM FEDERAL. CRIME DE DANO AO PATRIMÔNIO FEDERAL. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. 1. É excepcional a competência da Justiça castrense para o julgamento de civis, em tempo de paz. A tipificação da conduta de agente civil como crime militar está a depender do “intuito de atingir, de qualquer modo, a Força, no sentido de impedir, frustrar, fazer malograr, desmoralizar ou ofender o militar ou o evento ou situação em que este esteja empenhado” (Conflito de Competência 7.040, da relatoria do ministro Carlos Velloso). 2. O cometimento de delito militar por agente civil em tempo de paz se dá em caráter excepcional. Isto é, apenas quando tal cometimento se traduz em ofensa àqueles bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza militar: defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais, da lei e da ordem (art. 142 da Constituição Federal). 3. Na concreta situação dos autos, não se extrai, minimamente que seja, a vontade do paciente de se voltar contra as Forças Armadas, tampouco a de impedir a continuidade de eventual operação militar. Pelo que não há nenhum indicativo de que, deliberadamente, o acusado praticou qualquer ato para se contrapor a instituição militar ou a qualquer de suas específicas finalidades ou operações. Ingrediente psicológico ou subjetivo de aversão ou propósito anticastrense sem o qual não é possível atrair a competência da Justiça Militar. Precedentes: HC 81.963, da relatoria do Ministro Celso de Mello; e HCs 86.216, 100.230 e 101.206, da minha relatoria. 4. Ordem concedida tão-somente para assentar a incompetência absoluta da Justiça Militar para processar e julgar o paciente.” (STF, HC nº 105.348/RS, Ministro Relator Ayres Brito, julgamento 19/10/10, publicação DJE 11/02/11)

Todavia, uma questão recorrente na JMU, as fraudes nas pensões militares, onde normalmente civis, utilizando-se de ardis, continuam a receber os proventos em nome de um beneficiário já falecido, deveria ter, no nosso modesto sentir, o mesmo tratamento dado às situações acima transcritas, pois não há ofensa aos bens jurídicos tipicamente militares na conduta imputada aos acusados, mas tais questões criminais ainda estão sendo processadas e julgadas pela Justiça Especializada, sendo que não temos conhecimento de nenhuma decisão do STF em sentido contrário. Neste sentido, destacamos a seguinte decisão do STM.

“Apelação. Estelionato. Pensão Militar. Óbito não comunicado. Presença dos elementos essenciais do crime de estelionato previsto no art. 251 do CPM: meio fraudulento, dolo em induzir a Administração Militar a erro, mediante artifício, ardid ou qualquer outro meio fraudulento. Elementos probatórios suficientes para comprovar a materialidade e autoria. Confissão da Acusada, feita durante a fase investigatória corroborada pelas demais provas produzidas em Juízo. Dolo antecedente caracterizado pelo silêncio da Apelada que, embora tendo o dever de comunicar o óbito da sua genitora à Administração Militar, deixou de fazê-lo. Apelo improvido. Decisão unânime.” (STM, Apelação nº 2008.01.051152-0, Ministro Relator Raymundo Nonato de Cerqueira Filho, julgamento 14/12/10, publicação DJE 02/03/11)

A competência jurisdicional é de natureza absoluta, tornando nulo, por ofensa à garantia do juiz natural, a decisão que não a observar. Se não bastasse esta grave violação constitucional, este estelionato previdenciário, tão comum no seio da Justiça Federal em relação às condutas praticadas em desfavor do INSS, ser considerado como crime militar traz outros sérios e graves prejuízos ao infrator.

Na legislação penal comum, o delito de estelionato simples, tipificado no art. 171, é apenado de 1 (um) a 5 (cinco) anos de reclusão, enquanto a mesma conduta na seara militar é sancionada de 2 (dois) a 7 (sete) anos de reclusão (art. 251, CPM). Não bastasse esta “pequena” diferença, não podemos nos olvidar que a legislação penal militar não permite a aplicação de diversos institutos que visam a evitar a aplicação da pena privativa de liberdade, como suspensão condicional do processo ou a substituição por pena restritiva de direitos. É evidente o prejuízo ao acusado.

Recentemente, o Supremo Tribunal Federal entendeu que também as condutas envolvendo militar contra militar, as quais o STM sempre entendeu ser da competência da Justiça Militar da União, não seriam, só por causa desta condição, processadas e julgadas na Justiça Especializada. Transcrevemos o acórdão.

“EMENTA: PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. CRIME IMPRÓPRIO: LESÃO CORPORAL GRAVE (CPM, ART. 209, § 1º). CRIME PRATICADO POR MILITAR CONTRA MILITAR EM CONTEXTO EM QUE OS ENVOLVIDOS NÃO CONHECIAM A SITUAÇÃO FUNCIONAL DE CADA QUAL, NÃO ESTAVAM UNIFORMIZADOS E DIRIGIAM CARROS DESCARACTERIZADOS. HIPÓTESE QUE NÃO SE ENQUADRA NA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR DEFINIDA NO ARTIGO 9º, INCISO II, ALÍNEA ‘A’ DO CÓDIGO PENAL MILITAR.

1. A competência da Justiça Militar, posto excepcional, não pode ser fixada apenas com à luz do critério subjetivo, fazendo-se mister a reunião de outros elementos que justifiquem a submissão do caso concreto à jurisdição castrense, principalmente a análise envolvendo a lesão, ou não, do bem ou serviço militar juridicamente tutelado. 2. In casu, uma discussão de trânsito evoluiu para lesão corporal, sem que os envolvidos tivessem conhecimento da situação funcional de cada qual, além de não se encontrarem uniformizados e dirigirem seus carros descaracterizados. A Justiça Castrense não é competente a priori para julgar crimes de militares, mas crimes militares. Precedentes: RHC 88122/MG, Relator o Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, DJe de 13/09/2007 e 83003/RS, Relator o Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 25/04/2008. 3. Ordem concedida para declarar a incompetência da Justiça Militar.” (STF, HC nº 99.541/RF, Ministro Relator Luiz Fux, julgamento 10/05/11, publicação 25/05/11)

No mesmo sentido se posiciona o STJ.

“CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. MILITAR DO EXÉRCITO. HOMICÍDIO CULPOSO. ACIDENTE DE TRÂNSITO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM ESTADUAL. 1. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar crime de homicídio culposo decorrente de acidente automobilístico em que acusado e vítima, embora militares, não se encontravam em serviço, não estavam em local sujeito à administração militar, tampouco atuavam em razão da função. Precedentes. 2. Conflito conhecido para declarar competente o Juízo da 1ª Vara Criminal da comarca de Uruguai/RS.” (STJ, CC nº 114.404/RS, Ministro Relator Celso Limongi, julgamento 13/04/11, publicação 25/04/11)

Com total acerto o Guardião da Constituição. O simples fato do agente e vítima serem militares, por si só, não fixa a competência da Justiça Militar da União. Existem na vida cotidiana situações que podem envolver militares na condição de autor e vítima de uma fato delituoso, como sói ocorrer nos delitos de trânsito, sem que sequer a condição de militar da vítima seja de conhecimento do agente, mas que tal “destino” não pode justificar a especialização da justiça, com todas as suas gravames, em especial nos crimes culposos de trânsito, onde, na seara militar, este delito é de ação penal pública incondicionada, não permitindo a aplicação de nenhum dos institutos despenalizadores criados pela Lei nº 9.099/95.

A Lei nº 9.299/96 estabeleceu ser da competência da Justiça Comum, estadual ou federal, os crimes dolosos contra vida cometidos contra civis nas hipóteses do art. 9º do CPM. Tal norma, está prestes a sofrer pequena alteração, tendo em vista a aprovação pelo Congresso Nacional do Projeto de Lei nº 6615/2009, de iniciativa do Senado Federal, o qual “altera o art. 9º do Código Penal Militar, para estabelecer a competência da Justiça Militar no julgamento de crimes dolosos contra a vida cometidos no contexto de abate de aeronaves civis na hipótese do art. 303 do Código Brasileiro de Aeronáutica”

Já em relação à tortura, delito tipificado na Lei nº 9.455/97, o Código Penal Militar não traz disposição normativa semelhante, todavia há o delito de maus tratos, tipificado no art. 213 do CPM Transcrevemos.

“Maus tratos

Art. 213. Expor a perigo a vida ou saúde, em lugar sujeito à administração militar ou no exercício de função militar, de pessoa sob sua autoridade, guarda ou vigilância, para o fim de educação, instrução, tratamento ou custódia, quer privando-a de alimentação ou cuidados indispensáveis, quer sujeitando-a a trabalhos excessivos ou inadequados, quer abusando de meios de correção ou disciplina:

Pena - detenção, de dois meses a um ano.

“Formas qualificadas pelo resultado

§ 1º Se do fato resulta lesão grave:

Pena - reclusão, até quatro anos.

§ 2º Se resulta morte:

Pena - reclusão, de dois a dez anos.”

Neste ponto é evidente a desatualização do CPM. Como exemplo, podemos citar o delito de tortura, qualificado pelo resultado morte, que pela Lei nº 9.455/97 é apenado de 8 (oito) a 16 (dezesesseis) anos de reclusão. Já incidindo o agente no delito de maus-tratos, mesmo com resultado morte, na seara militar o condenado poderá, inclusive, ser beneficiado com a suspensão condicional da pena, desde que a sanção definitiva seja a mínima cominada ao delito. Um absurdo, em flagrante descompasso com o atual estágio da sociedade brasileira.

Outro exemplo de desproporção nas penas pode-se constatar no delito de tráfico de drogas na legislação penal castrense, tipificado no art. 290. Transcrevemos.

“Tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar Art. 290. Receber, preparar, produzir, vender, fornecer, ainda que gratuitamente, ter em depósito, transportar, trazer consigo, ainda que para uso próprio, guardar, ministrar ou entregar de qualquer forma a consumo substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão, até cinco anos.”

Se não bastasse o fato do legislador tratar no mesmo tipo penal as condutas do usuário e do traficante, percebe-se, com facilidade, que as penas são desarrazoadas, para as duas ações. Extremamente severa para o usuário e condescente em demasia com o traficante. Basta lembrar que a novel Lei de Drogas prevê para o traficante, como pena mínima, o máximo que a legislação penal militar estabelece para a mesma conduta, 5 (cinco) anos, enquanto, para o usuário, a pena se restringe a advertência sobre os efeitos das drogas, prestação de serviços à comunidade ou medida educativa.

Em relação ao tráfico internacional de substâncias entorpecentes, importante ressaltar que tais condutas, que em tese poderiam ter tipificadas como crime militar, devem ser julgados pela Justiça Federal, segundo orientação

do STF, tendo em vista serem crimes previstos em tratados quando, iniciada a execução no País, o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente. Destacamos:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA - JUSTIÇA FEDERAL MILITAR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA E JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - AFASTAMENTO. Na dicção da ilustrada maioria, entendimento em relação ao qual divergi, na companhia do Ministro Ilmar Galvão, estando ausente, na ocasião, justificadamente, o Ministro Celso de Mello, compete ao Superior Tribunal de Justiça, e não ao Supremo Tribunal Federal, dirimir o conflito, enquanto não envolvido o Superior Tribunal Militar. CONFLITO DE COMPETÊNCIA - JUSTIÇA FEDERAL MILITAR VERSUS JUSTIÇA FEDERAL - ENVOLVIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR - AFASTAMENTO. A competência para dirimir o conflito é do Supremo Tribunal Federal, ante o fato de, em curso as ações penais alicerçadas nos mesmos dados, o Superior Tribunal Militar haver conhecido e indeferido habeas corpus, versando sobre a custódia, impetrado contra ato do Juízo da Circunscrição Militar. COMPETÊNCIA - TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES - CONVENÇÃO DE NOVA IORQUE - DECRETO LEGISLATIVO Nº 5/64 - ÁREA, VEÍCULO E AGENTE MILITARES. A ressalva constitucional da competência da Jurisdição Especializada Militar - incisos IV e IX - não se faz presente no inciso V do artigo 109 da Constituição Federal. Cuidando-se de crime previsto em tratado ou convenção internacional, iniciada a execução no Brasil e o resultado tenha ou devesse ter ocorrido no estrangeiro, ou reciprocamente, a competência é da Justiça Federal estrito sensu.” (STF, CC nº 7.087, Ministro Relator Marco Aurélio, julgamento 03/05/00, publicação 31/08/01)

Outra questão que deve ser abordada refere-se a possibilidade de, havendo conexão de crimes da competência da Justiça Federal e da Justiça Militar da União, os delitos serem apurados separadamente em cada jurisdição. Neste sentido temos como exemplo o caso do acidente da Gol.

“PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. ACIDENTE AÉREO. ATENTADO CONTRA A SEGURANÇA DE TRANSPORTE AÉREO. INOBSERVÂNCIA DE LEI, REGULAMENTO OU INSTRUÇÃO E HOMICÍDIO CULPOSO. DELITOS PRATICADOS POR MILITARES, CONTROLADORES DE VÔO. CRIMES DE NATUREZA MILITAR E COMUM. DESMEMBRAMENTO. PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA DE CONFLITO. 1. Não ofende o princípio do ne bis in idem o fato dos controladores de vôo estarem respondendo a processo na Justiça Militar e na Justiça comum pelo mesmo fato da vida, qual seja o acidente aéreo que ocasionou a queda do Boeing 737/800 da Gol Linhas Aéreas no Município de Peixoto de Azevedo, no Estado do Mato Grosso, com a morte de todos os seus ocupantes, uma vez que as imputações são distintas. 2. Solução que se encontra, mutatis mutandis, no enunciado da Súmula 90/STJ: “Compete à Justiça Militar processar e julgar o policial militar pela prática do crime militar, e à Comum pela prática do crime comum simultâneo àquele”. 3. Conflito não conhecido.” (STJ, CC nº 91.016/MT, Ministro Relator Paulo Gallotti, julgamento 27/02/08, publicação 25/03/08)

Em relação ao delito de assédio sexual, tal conduta não é tipificada, nestes termos, na seara militar. Deve-se registrar que no âmbito das Forças Armadas, onde a hierarquia e a disciplina militares são extremamente rígidas, a criminalização como tipo penal militar do assédio sexual seria por demais oportuno, uma vez que nestas instituições a relação de mando, entre superior e subalterno, é razão de ser das FFAA. Enquanto há projeto de lei criminalizando o assédio moral para a legislação penal comum, não temos conhecimento de tal medida em relação à seara militar. Menos mal que, embora tais condutas não possam ser enquadradas como crime militar, uma vez que não previstas, nestes termos no CPM, isto não significa que os agentes militares ficarão impunes, pois a legislação penal comum os alcança, sendo competência da Justiça Federal processá-los e julgá-los, uma vez que agiram utilizando-se da relação hierárquica que detém, havendo evidente interesse da União.

Feitas estas breves anotações sobre a competência criminal da Justiça Federal e da Justiça Militar da União, passemos pois a analisar as implicações em outras áreas do direito em relação a fatos que repercutem em ambas.

#### 4. Aspectos administrativos e cíveis

A competência da Justiça Militar da União restringe a processar e julgar os crimes militares definidos em lei (art. 124, CF), não possuindo competência para as questões administrativas, nem mesmo para apuração das punições disciplinares, diversamente do que ocorre em relação à Justiça Militar estadual que, desde a promulgação da EC nº 45/04, possui competência para processar e julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares.

Todavia, observa-se, com uma frequência indesejável, o Superior Tribunal Militar julgar habeas corpus em matéria de punição disciplinar, o que evidentemente não lhe compete, pois, no nosso modesto entendimento, a sua jurisdição restringe-se a seara criminal militar. Não há no Brasil nenhuma hipótese que uma questão possa ser do conhecimento de duas ou mais jurisdições. A vingar o entendimento do STM, habeas corpus em matéria disciplinar seria tanto da sua competência como da Justiça Federal de primeiro grau. Registre-se, por oportuno, que a legislação, no âmbito da JMU, restringe apenas ao Superior Tribunal Militar o processo e julgamento dos habeas corpus (art. 469, CPPM; art. 6º, I, “c”, Lei nº 8.457/92). Destacamos alguns acórdãos.

“EMENTA: HABEAS CORPUS. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. Habeas Corpus impetrado em favor de Paciente punido disciplinarmente com vinte dias de prisão. A regra constitucional que veda o cabimento do Habeas Corpus em relação a punições disciplinares não é absoluta, não estando, pois, excluídos da apreciação judicial os aspectos atinentes à legalidade do ato punitivo (art. 142, § 2º, CF/1988). Hipótese em que tais aspectos foram observados pela autoridade militar indigitada coatora. Restando demonstrado que o Paciente tomou plena ciência da conduta irregular que lhe foi atribuída, tendo, inclusive, admitido que efetivamente a realizou, não há que se falar em instauração de procedimento investigatório para apurá-la. Não caracterizada, in casu, a ocorrência de constrangimento ilegal. Denegação da Ordem. Unânime.” (STM, HC nº 2009.01.034730-5, Ministro Relator Renato Quintas Magioli, julgamento 15/12/09 publicação 05/02/10)

“EMENTA. HABEAS CORPUS. PUNIÇÃO DISCIPLINAR. CABIMENTO. Há muito esta Corte Castrense, assim como o próprio Supremo Tribunal Federal, vem se manifestando pela possibilidade de se apreciar habeas corpus em casos como o que ora se apresenta, desde que sejam analisados não os motivos da punição - matéria de mérito do ato administrativo -, mas os pressupostos de sua legalidade, tais como “a hierarquia, o poder disciplinar, o ato ligado à função e a pena suscetível de ser aplicada”, tudo previsto nos Regulamentos Disciplinares de cada Força (STM, HC nº 2006.01.034201/DF; STF, RE nº 338840/RS). Decisão que aplicou punição disciplinar de 02 (dois) dias de detenção ao Paciente por ter faltado ao serviço, quando escalado como operador do Centro de Controle de Área de Brasília (CINDACTA I). A pena foi determinada em conformidade com as disposições do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAer) e da Portaria nº 839/GC3, de 11 de setembro de 2003, que aprova a sistemática de apuração de transgressão disciplinar e da aplicação de punição disciplinar militar. Inexistência de ilegalidade ou abuso de poder na punição imposta, razão por que deve ser negado o presente pedido. Ordem denegada. Unânime.” (STM, HC nº 2009.01.034617-1, Ministro Relator Rayder Alencar da Silveira, julgamento 24/03/09 publicação 17/04/09)

“Ementa: HABEAS CORPUS. PRESCRIÇÃO ADMINISTRATIVA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. A Prescrição Administrativa do comportamento disciplinar da praça está prevista no Decreto nº 71.500/1972, em seu art. 17, estabelecendo o prazo de 6 (seis) anos. Assim, não há que se falar em prescrição administrativa. Comprovada a prática de conduta afrontosa e atentatória aos Princípios da Hierarquia e Disciplina, a Autoridade Administrativa Militar instaurará a sindicância. Imposta a punição disciplinar respeitando e seguindo a análise prevista no art. 16, inciso IV, do RDE, resta suficientemente motivada a decisão proferida. Denega-se a Ordem de Habeas Corpus, por ausência de constrangimento ilegal. Decisão Unânime.” (STM, HC nº 2008.01.034600-7, Ministro Relator Olympio Pereira da Silva Junior, julgamento 05/02/09 publicação 24/03/09)

“EMENTA: Habeas Corpus. Prisão disciplinar. Apreciação Judicial circunscrita à legalidade do ato punitivo. Inexistência de constrangimento ilegal a ser reparado pela via do remédio heróico porquanto demonstrado que a autoridade competente agiu nos estritos limites estabelecidos no RDAer, sendo plenamente atendidos os demais requisitos de validade do ato administrativo. Conhecido o pedido e denegada a ordem. Decisão majoritária.” (STM, HC nº 2008.01.034513-2, Ministro Relator Francisco José da Silva Fernandes, julgamento 30/06/08 publicação 19/08/08)

Mas outras questões também devem ser objeto de debate. Passemos a analisar as implicações administrativas que atuam para o cometimento do delito de deserção, o qual, no nosso sentir, parece ser um dos crimes mais hediondos deste País.

O crime de deserção, esclareça-se, ocorre quando o militar ausenta-se, sem motivo justificável, por mais de oito dias da organização militar onde serve. Trata-se de delito militar próprio que atenta contra o serviço e o dever militares e, por assim ser, o seu cometimento é apenado de forma extremamente rigorosa: em tempo de paz, com detenção de 6 meses a 2 anos, sem possibilidade de sursis, por expressa vedação legal (art. 88, II, ‘a’, CPM) e, em tempo de guerra e na presença do inimigo, prevê o Código Penal Militar, no art. 392, a pena de morte, como grau máximo, e a reclusão de 20 anos, como grau mínimo.

Além disto, o STM tem entendimento que o desertor que se apresenta voluntariamente ou é capturado deve permanecer preso por até 60 (sessenta) dias, enquanto aguarda julgamento, com fundamento no art. 453, do CPPM, o qual transcrevemos.

“Art. 453. O desertor que não for julgado dentro de sessenta dias, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, será posto em liberdade, salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo.”

#### Tal entendimento foi sumulado pelo STM.

“Súmula 10 - Não se concede liberdade provisória a preso por deserção, antes de decorrido o prazo previsto no art. 453 do CPPM.”

Apenas em 2007, o Eg. STF declarou que tal prisão apenas decorrente de preceito legal, sem apoio em uma das hipóteses autorizadoras da prisão preventiva, era ilegal.

“EMENTA: Habeas Corpus. 1. No caso concreto, alega-se falta de fundamentação de acórdão do Superior Tribunal Militar (STM) que revogou a liberdade provisória do paciente por ausência de indicação de elementos concretos aptos a lastrear a custódia cautelar. 2. Crime militar de deserção (CPM, art. 187). 3. Interpretação do STM quanto ao art. 453 do CPPM (“Art. 453. O desertor que não for julgado dentro de sessenta dias, a contar do dia de sua apresentação voluntária ou captura, será posto em liberdade, salvo se tiver dado causa ao retardamento do processo”). O acórdão impugnado aplicou a tese de que o art. 453 do CPPM estabelece o prazo de 60 (sessenta) dias como obrigatório para a custódia cautelar nos crimes de deserção. 4. Segundo o Ministério Público Federal (MPF), a concessão da liberdade provisória, antes de ultimados os 60 (sessenta) dias, previstos no art. 453 do CPPM, não implica qualquer violação legal. O Parquet ressalta, também, que o decreto condenatório superveniente, proferido pela Auditoria da 8ª CJM, concedeu ao paciente o direito de apelar em liberdade, por ser primário e de bons antecedentes, não havendo qualquer razão para que o mesmo seja submetido a nova prisão. 5. Para que a liberdade dos cidadãos seja legitimamente restringida, é necessário que o órgão judicial competente se pronuncie de modo expresso, fundamentado e, na linha da jurisprudência deste STF, com relação às prisões preventivas em geral, deve indicar elementos concretos aptos a justificar a constrição cautelar desse direito fundamental (CF, art. 5º, XV - HC nº 84.662/BA, Rel. Min. Eros Grau, 1ª Turma, unânime, DJ 22.10.2004; HC nº 86.175/SP, Rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, unânime, DJ 10.11.2006; HC nº 87.041/PA, Rel. Min. Cezar Peluso, 1ª Turma, maioria, DJ 24.11.2006; e HC nº 88.129/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, unânime, DJ 17.8.2007). 6. O acórdão impugnado, entretanto, partiu da premissa de que a prisão preventiva, nos casos em que se apure suposta prática do crime de deserção (CPM, art. 187), deve ter duração automática de 60 (sessenta) dias. A decretação judicial da custódia cautelar deve atender, mesmo na Justiça castrense, aos requisitos previstos para a prisão preventiva nos termos do art. 312 do CPP. Precedente citado: HC nº 84.983/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, unânime, DJ 11.3.2005. Ao reformar a decisão do Conselho Permanente de Justiça do Exército, o STM não indicou quaisquer elementos fático-jurídicos. Isto é, o acórdão impugnado limitou-se a fixar, in abstracto, a tese de que “é incabível a concessão de liberdade ao réu, em processo de deserção, antes de exaurido o prazo previsto no art. 453 do CPPM”. É dizer, o acórdão impugnado não conferiu base empírica idônea apta a fundamentar, de modo concreto, a constrição provisória da liberdade do ora paciente (CF, art. 93, IX). Precedente citado: HC nº 65.111/RJ, julgado em 29.5.1987, Rel. Min. Célio Borja, Segunda Turma, unânime, DJ 21.8.1987). 7. Ordem deferida para que seja expedido alvará de soltura em favor do ora paciente.” (STF, HC nº 89.645, Ministro Relator Gilmar Mendes, julgamento 11/09/07, publicação 28/09/07)

Todavia, apesar de clareza do acórdão, ainda assim o Eg. STM mantém seu entendimento de que a prisão do desertor é automática. Lamentamos.

Pois bem, entendendo que já demonstramos a “gravidade” do delito deserção, passemos pois a analisar as eventuais condutas administrativas relacionadas à prática do delito.

Estudo feito no âmbito da 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição Judiciária Militar, constatou que o número de deserções estava aumentando ano a ano<sup>3</sup>.

	Ano 2002	Ano 2003	Ano 2004	Ano 2005	Ano 2006
IPD1	06	28	35	77	64
Ação Penal	02	12	15	32	42

Inquérito Civil instaurado pelo Ministério Público Militar, em conjunto com o Ministério Público Federal, apurou quatro fatores que, em maior ou menor grau, poderiam estar contribuindo para esta situação.

As alegações sustentadas pelos militares desertores nos seus interrogatórios em juízo eram praticamente uníssonas no sentido de que a prática do ilícito ocorre por problemas sociais, donde quatro fatores estariam concorrendo, em maior ou menor grau, para o incremento daquela prática delituosa, a saber:

- a) a incorporação de conscritos residentes em municípios distantes das Organizações Militares em que irão servir;
- b) limitações espaciais, temporais e burocráticas para a não indenização, notadamente por parte do Exército, do Auxílio-Transporte para os incorporados se deslocarem para as suas residências;
- c) o baixo valor do soldo dos soldados que cumprem o serviço militar inicial (recrutas);
- d) a não divulgação aos jovens em processo de alistamento militar do direito fundamental à escusa de consciência, previsto no art. 5º, VIII da Constituição Federal.

O MPM e o MPF passaram, então, a combater, um a um, tais fatores contribuintes, com algumas ações exitosas e outras nem tanto. Analisemos cada item em separado.

Ficou comprovado que, no momento da seleção complementar, conscritos residentes no município-sede da Organização Militar designada estavam sendo dispensados sob diversas alegações, como a de estar cursando ensino superior, contrariando o expressamente previsto no item 4.5.3, do PRC/2006, que estabelece que “a condição de estudante universitário não caracteriza a situação de problema social”, ou que não eram voluntários, contrariando o previsto no item 7.9.3, do PRC/2006, que estabelece que “o conscrito constante da relação dos Distribuídos por Organização Militar como ‘necessidade’ deverá ter toda prioridade para incorporação, uma vez que possui nível de capacitação superior ao designado como ‘majoração’”, sendo então incorporados para servirem jovens “voluntários” que residiam a centenas de quilômetros da organização militar.

Constatou-se, assim, o equívoco da situação, pois a Lei nº 4.357/64, Lei do Serviço Militar, prevê que “tanto quanto possível, os convocados serão incorporados em Organização Militar da Ativa localizada no Município de sua residência.” (art. 21). Com igual teor, o Decreto nº 57.654/67, que regulamenta a Lei do Serviço Militar, estabelece que “tanto quanto possível, os convocados serão incorporados em Organização Militar da Ativa localizada no Município de sua residência” (art. 76). Por fim, reafirma o Decreto nº 66.949/70 também a necessidade de serem priorizados os conscritos residentes no município-sede da Organização Militar, ao dispor que deve-se “aproveitar, para incorporação em Organizações Militares da Ativa, os conscritos residentes nos Municípios mais próximos da Organização Militar interessada” (item 6.3).

Então, MPM e o MPF recomendaram ao Comando da 3ª Região Militar que: a) determinasse expressamente no Plano Regional de Convocação que o princípio da proximidade da residência devesse ser observado, tanto quanto possível, como critério de prioridade durante o processo de seleção, distribuição, designação, seleção complementar e incorporação dos conscritos para as Organizações Militares sediadas na área da 3ª RM; b) divulgasse as medidas adotadas a todas as Organizações Militares sediadas na área da 3ª RM; c) determinasse às Organizações Militares sediadas na área da 3ª RM que mantivessem registro sobre os fundamentos que as levaram a dispensar os conscritos indicados como “necessidade” e residentes no município-sede; d) analisasse o fundamento das dispensas acima à luz das normas que regem o serviço militar obrigatório; e, e) apurasse eventuais descumprimentos das ordens daquele Comando com base no Regulamento Disciplinar.

Em retorno, o Comando da 3ª Região Militar informou as medidas administrativas adotadas para o cumprimento daquela Recomendação ministerial, estando a questão relativa aos critérios para o chamamento de recrutas do S.M.O. (Serviço Militar Obrigatório), em princípio, solucionada a contento.

Já em relação ao auxílio-transporte, constatou-se que o Exército, por intermédio da Portaria nº 098-DGP, de 31 de outubro de 2001, havia instituído limitação espacial para a concessão do Auxílio Transporte (AT), previsto na Medida Provisória nº 2.165-36/2001, da seguinte forma:

### “3. CONCEITUAÇÕES

(...)

j. Transporte coletivo municipal, intermunicipal ou interestadual  
Transporte coletivo municipal ou urbano é aquele executado pelo poder público (...). O intermunicipal tem as mesmas características do municipal, com a diferença de que executa o deslocamento entre municípios integrantes de uma mesma região metropolitana (ex.: Grande Rio, Grande São Paulo, Grande Porto Alegre, etc.). Também se enquadra como intermunicipal aquele de itinerário com extensão igual ou inferior a 75 km (setenta e cinco quilômetros) e que atende a localidades de um mesmo mercado de trabalho. (Ex.: Volta Redonda-RJ/Barra Mansa-RJ, Resende-RJ/Itatiaia-RJ e outras).” (destacamos)

Por entender que tal limitação (75 km) para a concessão do AT aos militares, notadamente aos soldados do Efetivo Variável (recrutas), não encontrava respaldo na lei (Medida Provisória nº 2.165-36/2001) e nos próprios regulamentos e portarias militares, bem como que a limitação imposta na referida Portaria contribuía para o aumento do delito de deserção, o Ministério Público Federal e o Ministério Público Militar expediram recomendação ao Chefe do Departamento-Geral do Pessoal do Exército para que revogasse toda e qualquer referência existente nas normas editadas pelo DGP a limites espaciais para a concessão do Auxílio-Transporte.

Em resposta àquela Recomendação, o Chefe do Departamento-Geral do Pessoal do Exército Brasileiro remeteu cópia da Portaria nº 269-DGP, de 11 de dezembro de 2007, informando que tal normativa havia revogado a anterior limitação espacial de 75 quilômetros para o pagamento do auxílio-transporte.

Em relação ao baixo valor do soldo pago aos recrutas, este, na visão do Ministério Público, seria uma das principais causas da deserção.

Na condição de titular da ação penal militar, o Ministério Público Militar observou que a maior parte dos delitos de deserção ocorre no círculo das praças de graduações mais baixas, com especial destaque para os soldados-recrutas, quais sejam, aqueles oriundos do Serviço Militar Obrigatório (S.M.O.).

Estes militares, como é cediço, recebem a menor contraprestação estatal (soldo) das Forças Armadas, a qual, no ano de 2007, atingia modestos R\$ 207,00 (duzentos e sete reais), conforme determinava a Lei nº 11.359, de 19 de outubro de 2006, quando, no mesmo período, o salário mínimo atingia o valor de R\$ 350,00 (trezentos e cinquenta reais).

Tal quantia, além de se mostrar escassa para atender a todas as necessidades dos militares prestadores do Serviço Militar Obrigatório, representou um verdadeiro retrocesso social, uma vez que, em determinado momento histórico, o legislador ordinário garantiu a todos os militares o direito à percepção da remuneração em valores não inferiores ao do salário mínimo (art. 73, Lei nº 8.237/91). Revogar tal conquista, como fez o §2º, do art. 18, da Medida Provisória nº 2.215/10, de 31 de agosto de 2001, sem propor medidas compensatórias, representou, na visão do Ministério Público, evidente retrocesso social, ferindo princípios constitucionais explícitos e implícitos.

Em março de 2008, os órgãos ministeriais litisconsorciados com a Defensoria Pública da União propuseram Ação Civil Pública contra a União objetivando garantir ao jovem que está prestando o serviço militar obrigatório o direito de não receber valor inferior ao salário mínimo vigente a título de remuneração mensal, conforme estabelecido no art. 73 da Lei nº 8.237, de 30 de setembro de 1991, que garantiu a todos militares, sem exceção, este direito, vedado qualquer retrocesso social (AÇÃO CIVIL PÚBLICA nº 2008.71.02.001618-1-RS).

Nesta Ação Civil Pública, em que pese ter sido o processo prematuramente extinto sem resolução de mérito, não foi interposta apelação em face da provável e inócua luta processual que se estabeleceria em face da novel Súmula Vinculante nº 6 do E. Supremo Tribunal Federal, publicada em 16 de maio de 2008 (após o ajuizamento da ACP), que, expressamente, assim diz:

“Súmula Vinculante 6: Não viola a Constituição da República o estabelecimento de remuneração inferior ao salário mínimo para as praças prestadoras de serviço militar inicial.”

Todavia, coincidentemente, o valor do soldo do soldado teve um aumento substancial com o advento da Medida Provisória nº 431, de 14 de maio de 2008, convertida na Lei nº 11.748/09, a qual reajustou em mais de cem por cento o soldo do recruta prestador o do serviço militar.

A tabela abaixo mostra a variação do soldo e do salário mínimo nos últimos anos, bem como o percentual daquele em relação a este. Percebe-se que no período em que esta relação atingiu o seu menor valor o resultado foi direto no número de deserções, o qual teve o seu maior número (ano de 2006).

	<i>Valores do soldo e do salário mínimo a partir de 2001 (Em reais)</i>						
	Abr/01	Abr/02	Abr/03	Mai/04	Set/04	Mai/05	Abr/06
Soldo do Recruta	153,00	153,00	153,00	153,00	168,00	168,00	168,00
Salário Mínimo (SM)	180,00	200,00	240,00	260,00	260,00	300,00	350,00
Proporção entre o soldo e o SM	85%	76,5%	63,75%	58,84%	64,61%	56%	48%

	<i>Valores do soldo e do salário mínimo a partir de 2001 (Em reais) (cont.)</i>					
	Abr/07	Mar/08	Mai/08	Fev/09	Jan/10	Fev/10
Soldo do Recruta	207,00	207,00	417,001 <sup>5</sup>	453,00	492,00	492,00
Salário Mínimo (SM)	380,00	415,00	415,00	465,00	465,00	510
Proporção entre o soldo e o SM	54,47%	49,87%	100,48%	97,41%	105,80%	96,40%

Na atualidade, o valor do soldo dos soldados recrutas está, por força da MP nº 431/2008, convertida na Lei nº 11.784, de 22 de setembro de 2008, próximo ao valor do salário mínimo. O MPF e o MPM entenderam que não subsistem mais elementos fáticos para a atuação ministerial.

Por fim, em relação à escusa de consciência, concluíram o Ministério Público Militar e o Ministério Público Federal que o número de cidadãos que alegaram imperativo de consciência para se eximir do serviço militar vem diminuindo drasticamente.

A tabela abaixo mostra a quantidade anual de jovens que alegaram imperativo de consciência, ainda segundo o Departamento de Mobilização do Ministério da Defesa (Doc. 6).

<i>Quantidade de Eximidos</i>	<i>ANO DA EXIMIÇÃO</i>						
	Anos Anteriores	2002	2003	2004	2005	2006	Total
		28.678	11.082	3.637	170	3	36

Além da notória falta de divulgação do serviço alternativo, outro fator que influencia o não exercício daquele direito-dever (Serviço Militar Alternativo ou S.M.A.) é a falta de transparência da Administração Militar no momento do alistamento do jovem, pois, como constatado ao longo do feito, de regra ninguém lhe pergunta se tem alguma escusa de consciência que o impeça de cumprir o serviço militar obrigatório.

Em face de todas estas questões, os órgãos ministeriais propuseram a Ação Civil Pública nº 2008.71.02.000356-3, autuada perante a 2ª Vara Federal de Santa Maria/RS, na defesa do interesse difuso de obrigar a União a efetivamente implementar a norma constitucional que estabelece o serviço alternativo àqueles que aleguem imperativo de consciência para se eximirem de prestar o serviço militar obrigatório.

Igualmente, a referida Ação Civil Pública objetivou obrigar à União, por meio das Forças Armadas, a fazer a efetiva implementação do primado constitucional que determina a atribuição de serviço alternativo aos cidadãos que aleguem imperativo de consciência para se escusarem de prestar serviço militar obrigatório. Trata-se, enfim, de um preceito fundamental que até o presente jamais ocorreu, sendo que mais de quarenta mil jovens foram dispensados desta prestação alternativa pela sua inexistência, a despeito da Lei Maior ter completado mais de vinte anos da sua promulgação.

Por fim, a referida ACP também buscava obrigar a União a divulgar o direito fundamental do cidadão à escusa de consciência, com a consequente contraprestação do serviço alternativo, pois as campanhas publicitárias pelos órgãos governamentais apenas fazem menção à obrigatoriedade do serviço militar.

Em julgamento de apelação interposto pelos órgãos ministeriais, a 4ª Turma do TRF-4<sup>6</sup> decidiu que a União deve:

“a) no prazo máximo de 3 (três) anos a contar desta decisão, inserir nas campanhas publicitárias e no formulário o direito à escusa de consciência;

b) no prazo máximo de 3 (três) anos, iniciar a implementação por meio de convênios com instituições públicas o serviço alternativo ao serviço militar obrigatório, firmando convênios em pelo menos duas áreas prioritárias: saúde e educação.”

Todavia, os problemas administrativos relacionados ao crime de deserção não se restringem apenas ao momento anterior ao delito, havendo também questionamentos em relação a atos administrativos durante o período em que o desertor responde à ação judicial, depois de ter se apresentado voluntariamente ou ter sido capturado.

O Código de Processo Penal Militar, estabelece uma condição de procedibilidade para ação penal no delito de deserção: ser o desertor considerado apto em inspeção de saúde para ser reincluído no serviço ativo, readquirindo a condição de militar que perdera com a sua ausência injustificada por mais de oito dias do quartel.

Ocorre que a condição de militar, necessária para a instauração da ação penal, segundo jurisprudência do STM e chancelada pelo STF, deve permanecer durante toda a instrução processual. Neste sentido, destacamos.

“EMENTA: DESERÇÃO. CONDENAÇÃO “A QUO”. INCONFIRMISMO DA DEFESA. APELO PREJUDICADO. Militar que incorreu em deserção foi excluído das fileiras das Forças Armadas, antes do término do serviço militar obrigatório. O Tribunal, preliminarmente, julgou prejudicado o apelo defensivo por falta de condição de procedibilidade da ação penal, considerando a perda do “status” de militar do acusado, determinando o encaminhamento do presente Acórdão ao Comandante da Aeronáutica e ao Comandante do Centro de Lançamento de Alcântara, à luz do que dispõem os artigos 31, § 5º, da Lei nº 4.375/64 e 145 do Regulamento da Lei do Serviço Militar. Decisão por unanimidade.” (STM, Apelação 0000041-50.2008.7.08.0008, Ministro relator Alvaro Luiz Pinto, julgamento 18/02/11, publicação 31/03/11)

Como a jurisprudência entende ser necessário, durante toda a fase processual, a condição de militar, mantendo-o no serviço ativo ainda que o desertor já tenha cumprido o tempo do serviço militar obrigatório, a alta administração militar orienta às organizações militares no sentido de que não podem licenciar o recruta quando do término do serviço obrigatório se o mesmo estiver respondendo pelo delito de deserção. Entendemos equivocado tal posicionamento.

O art. 6º da Lei do Serviço Militar asseverou que o “serviço militar inicial dos incorporados terá a duração normal de 12 (doze) meses”. Já o art. 33 da LSM, dispõe que “aos incorporados que concluírem o tempo de serviço a que estiverem obrigados poderá, desde que o requeiram, ser concedida prorrogação desse tempo, uma ou mais vezes, como engajados e reengajados, segundo as conveniências da Força Armada interessada”.

Parece claro que a prorrogação do serviço militar, de cada militar individualmente considerado, pressupõe, como conditio *sine qua non*, o requerimento do interessado e o interesse da administração da militar, não se podendo, assim, falar em prorrogação individual do serviço militar com base apenas na vontade unilateral da Administração, por inexistência de amparo legal.

Nesse sentido, já se manifestou o Egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

“Ementa. Administrativo. Serviço Militar Obrigatório. Licenciamento durante o curso da ação penal militar. O art. 145 do Decreto 57.654/66 não impede o licenciamento do incorporado que responde à ação penal militar. Após o termo final do serviço militar obrigatório, licenciamento é efetuado de ofício, admitida a prorrogação apenas mediante requerimento do interessado, nos termos do art. 33 da Lei n.º 4.375/64. Impossibilidade de prorrogação com o objetivo de aguardar o trânsito em julgado da decisão na ação penal militar para subsequente aplicação da pena de expulsão. Remessa oficial cumprida.” (TRF/4. ROMS. Processo 1998.04.01.050437-3/PR, 4ª Turma, relatora Silvia Maria Gonçalves Goreb, decisão de 11.05.1999, Diário de Justiça de 07.07.1999, p. 411).

A manutenção no serviço ativo do militar que responde pelo delito de deserção após o término do prazo legal do serviço militar obrigatório, contra a sua vontade, é uma pena antecipada, de uma pessoa que sequer pode ser considerada culpada, pois ainda não ocorreu o trânsito em julgado de eventual sentença condenatória. O prejuízo é evidente. Por exemplo, se absolvido em primeiro grau e o MPM recorre, segundo a jurisprudência atual, o réu deve permanecer no serviço ativo. Com isto, há casos de jovens que têm sua sentença absolutória confirmada pelo STM, mas que prestaram quase dois anos de serviço obrigatório.

Eram estas as breves colocações acerca das consequências administrativas do delito da deserção que merecem um olhar mais atento dos operadores do direito.

Todavia, há outras questões que merecem reflexão. O recrutamento dos jovens para prestar o serviço militar obrigatório movimenta, anualmente, mais de um milhão de alistados, dos quais pouco menos de cem mil irão efetivamente servir.

Dentro das fases do processo de seleção está prevista uma inspeção de saúde. A questão é que esta inspeção é por demais superficial, sendo realizado apenas uma anamnese e exame clínico, pois sequer o sangue é coletado, muito menos feito alguma exame mais complexo, como radiografias, eletrocardiograma etc.

Assim, é bem possível que seja incorporado para o serviço militar uma pessoa que possua um grave problema de saúde que não fora possível de ser detectada durante a “singela” inspeção de saúde.

Ocorre que a LSM permite que seja anulada a incorporação do recruta se ele tiver uma doença que preexistia. Mas esta questão merece um olhar mais cauteloso, pois não nos parece que a administração pode simplesmente desincorporar o recruta se não realizou procedimentos básicos, como um simples exame de sangue, com uma simples alegação de que a doença preexistia, sendo responsabilidade da administração esta comprovação e que não foi possível detectá-la no momento oportuno, a despeito de terem sido feitos diversos exames. Mas simplesmente não submeter o alistado a nenhum exame nos parece que implica em assumir o risco do resultado

#### 5. Considerações finais

A competência dos órgãos do Poder Judiciário é prevista na Carta Magna, sendo que compete à Justiça Militar da União processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Ocorre que há diversas questões que, embora sejam da competência da JMU, produzem reflexo na Justiça Federal e vice-versa.

O presente trabalho procurou identificar alguns destes pontos, com o objetivo de permitir uma melhor reflexão sobre o tema.

#### Notas

1. MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 9ª ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 33.

2. CLÈVE, Clèmerson Merlin. Temas de direito constitucional. São Paulo: Acadêmica, 1993, p. 38.

3. A 3ª Auditoria da 3ª Circunscrição da Justiça Militar tem jurisdição na área central e noroeste do Estado do Rio Grande do Sul, sendo sua sede na cidade de Santa Maria-RS.

4. IPD: Instrução Provisória de Deserção, faz a função do inquérito policial militar no crime de deserção.

5. Através da Medida Provisória n. 431, de 14 de maio de 2008, convertida na Lei n. 11.784/08, foi reajustado o soldo dos militares, cujos aumentos escalonados estão previstos até janeiro de 2010, sendo que os efeitos financeiros retroagiram a janeiro de 2008.

6. TRF-4, 4ª Turma, Apelação Cível nº 2008.71.02.000356-3/RS, julgado em 16/03/11, Desembargadora Relator Marga Inge Barth Tessler

#### 1. INTRODUÇÃO

No cotidiano dos operadores do Direito Militar, não tem sido incomum o conhecimento *ex officio* de que determinado injusto penal militar fora processado e sentenciado por órgão jurisdicional diverso dos integrantes da Justiça Militar.

O presente estudo, portanto, pretende analisar a validade e eficácia jurídica da decisão (de mérito ou não) proferida por Magistrado da Justiça Estadual ou Federal (comum) para operar a COISA JULGADA no âmbito da Justiça Militar, ao conhecer e julgar injusto penal militar, ainda que na modalidade de crime militar impróprio.

#### 2. DESENVOLVIMENTO

De forma oscilante, o posicionamento adotado por diversas autoridades judiciárias, membros do Ministério Público e doutrinadores castrenses tem sido no sentido de que o exercício da jurisdição por juiz constitucionalmente incompetente leva à nulidade absoluta dos atos jurisdicionais. Nesses casos, asseveram que mesmo o reconhecimento da coisa julgada deve ser afastada, uma vez que houve inobservância de regra contida, expressamente, na Constituição Federal. Em sede de ilustração, trago à colação a fundamentação de acórdão paradigma, prolatado em 21/09/2009, verbis:

“No caso em tela, seria um equívoco aceitar a tese de coisa julgada considerando o entendimento dessa Corte no sentido de que a incompetência leva à nulidade absoluta, uma vez que, mesmo a coisa julgada pode ser afastada quando fere a Constituição Federal. A decisão de juiz absolutamente incompetente não faz coisa julgada e esse tem sido o posicionamento jurisprudencial desta Casa. Em casos análogos, oficiais foram ao Juizado Especial, buscando celeridade, evitando o processamento pela Justiça Militar, onde se sabe da necessidade de cumprir pena em caso de condenação, não bastando a mera entrega de cestas básicas, o que ocorre na Justiça Comum. Isso não ocorre por inocência, mas por vivacidade e esperteza. É a chamada ‘Lei de Gerson’, onde se busca vantagem em detrimento de outrem e da própria Lei Substantiva Castrense.”<sup>1</sup>

#### O (RE)CONHECIMENTO DA COISA JULGADA NA JUSTIÇA MILITAR

Rebecca Aguiar Eufrosino da Silva  
Alexandre Reis de Carvalho



Alexandre Reis é Promotor de Justiça Militar e especialista em Ordem Pública pela FEMPDT.



Rebecca Aguiar é Advogada em Curitiba/PR, e Especialista em Direito Militar, Direito da Administração Pública e Docência do Ensino Superior.

Em que pese os respeitáveis posicionamentos nesse sentido, procuraremos demonstrar que o **princípio do juiz natural** (art. 5º, incs. XXXVII e LIII, da CRFB) e **constitucionalmente competente** (arts. 106 a 110, 122 a 125 da CRFB) constitui verdadeira garantia individual estabelecida em favor de quem se achar “processado” ou “sentenciado” (princípios do *favor rei* e *favor libertatis*); devendo prevalecer, nesses casos de conflito aparente de normas constitucionais (e também, processuais penais), o dogma do *ne bis in idem*, impedindo, em consequência, nova persecução penal de fato delituoso já demandado em outra instância penal. Em outras palavras, não se admite, no nosso país, a revisão *pro societate* (nem tampouco a revisão pró Judiciário).

Tal assertiva é a síntese teleológica dos marcos teóricos e normativos que norteiam a garantia constitucional da coisa julgada e o princípio da unidade de jurisdição.

### 2.1. MARCOS TEÓRICOS E NORMATIVOS DA COISA JULGADA

A coisa julgada, como expressão do princípio da segurança jurídica, é garantia fundamental insculpida no art. 5º, inc. XXXVI, da Constituição da República Federativa do Brasil (CRFB), verbis: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a **coisa julgada**”.

O Ministro CELSO DE MELLO<sup>2</sup> esclarece que tal preceito constitucional contém norma de sobredireito, cuja função é estabelecer regras destinadas a solucionar os conflitos de leis no tempo, sendo destacada pelo constituinte como instituto de enorme relevância na teoria da segurança jurídica. Igualmente, o professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO<sup>3</sup> aduz que tal dispositivo, simultaneamente, proscreve a retroatividade das leis, protege o patrimônio jurídico subjetivo adquirido e, ainda, promove a segurança das relações jurídicas.

Acrescenta JOSÉ AFONSO DA SILVA<sup>4</sup> que a teleologia da coisa julgada (que é espécie de ato jurídico perfeito) visa conferir proteção à prestação jurisdicional definitivamente outorgada, ou seja, garantir a estabilidade dos casos julgados, para que o titular do direito aí reconhecido tenha a certeza jurídica de que este ingressou definitivamente no seu patrimônio.

No campo infraconstitucional, o Código de Processo Civil (art. 301, §§ 1º a 3º, e arts. 467 *usque* 474), enumerando os elementos integrantes da coisa julgada, estabelece que “há coisa julgada, quando se repete [ou renova] a ação que já foi decidida por sentença, de que não caiba recurso [ordinário ou extraordinário]”.

Preocupou-se, ainda, o legislador processual civil (arts. 467 e 468 do CPC) em adjetivar (e classificar) a coisa julgada, enunciando que a coisa julgada material é a eficácia<sup>5</sup>, que torna imutável e indiscutível a sentença, conferindo-lhe força de lei nos limites da lide e das questões decididas.

FERDERICO MARQUES<sup>6</sup> leciona que, enquanto a coisa julgada formal - qual suma preclusão - fica limitada ao processo que com ela se encerra, a autoridade da coisa julgada material transcende nos seus efeitos para atingir processo posterior sobre o mesmo litígio.

No mesmo sentido, esclarece MOUGENOT<sup>7</sup> que na coisa julgada material o efeito da sentença se projeta para fora do âmbito do processo, impedindo um novo processo e, portanto, uma nova sentença de mérito (princípio do *bis de eadem re ne sit actio*), servindo, destarte, de proteção ao acusado. Em geral, a coisa julgada material decorre de decisão definitiva, que julga o mérito do pedido, enquanto a coisa julgada formal decorre de decisão terminativa, que encerra o processo sem o julgamento do mérito, v. g., a sentença de impronúncia pela prática de homicídio, em tese.

Acrescenta FREDERICO MARQUES<sup>8</sup> que a coisa soberanamente julgada é expressão utilizada, no processo penal, para designar a sentença absolutória transitada em julgado, pois esta jamais será alterada por qualquer tipo de ação ou recurso, enquanto a coisa julgada (em sentido estrito) refere-se à sentença condenatória passada em julgado, que permanece sujeita ao reexame judicial por meio de ação rescisória (revisão criminal<sup>9</sup> pro reo), habeas corpus ou ação anulatória<sup>10</sup> (art. 486 do CPC).

O Código de Processo Penal Militar (arts. 128, letra “d”, e 153 a 155), ao tratar da coisa julgada (e da arguição de sua exceção), estabeleceu que o juiz, ao reconhecer que o feito sob seu julgamento já foi, quanto ao fato principal, definitivamente julgado por sentença irrecorrível, mandará arquivar a nova denúncia (ou o Inquérito Policial, por interpretação extensiva), declarando as razões e fundamentos legais.

Igualmente, o Código de Processo Penal (arts. 95, inc. V, e 110, caput e § 2º) também contemplou a exceção da coisa julgada, porém de forma mais simplificada.

Por fim, decorre, ainda, do Código de Processo Civil (art. 471) a regra de que nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas, relativas à mesma lide. Serão consideradas idênticas as lides que contiverem: a) as mesmas partes (representadas, no processo penal, pelo Estado-Juiz, Ministério Público<sup>11</sup> e Acusado), a mesma causa de pedir (imputação de fato típico e antijurídico) e o mesmo pedido (imposição de sanção penal).

Fixados os marcos normativos e teóricos do presente estudo, indaga-se qual deverá ser a amplitude e eficácia da sentença transitada em julgado e proferida por juiz constitucionalmente incompetente?

### 2.2. OS EFEITOS DA SENTENÇA PROFERIDA POR JUIZ INCOMPETENTE

A sentença proferida por juiz incompetente pode ser considerada existente, válida e/ou eficaz, adquirindo as qualidades de inalterabilidade e inimpugnabilidade da coisa julgada? Pode tal vício competencial (de ordem pública) ser declarado *pro societate*, possibilitando e/ou compulsando à acusação deflagrar nova pretensão punitiva? E se a defesa arguir a exceção da coisa julgada (arts. 95, V, e 110 do CPP), poderia o Estado-Juiz decidir pela não-ocorrência da coisa julgada, por ser inexistente (ou inválida) a sentença proferida por Juiz absolutamente incompetente?

Ao enfrentar tais questionamentos e analisar o conflito aparente dos mencionados princípios constitucionais de processo penal, a doutrina<sup>12</sup> de GRINOVER, SCARANCE e MAGALHÃES é categórica em responder negativamente a todos esses questionamentos.

Não obstante, alguns operadores do direito, valendo-se da principiologia geral da teoria do processo, tem argumentado que a sentença proferida por juiz absolutamente incompetente revela-se numa sentença inexistente (ou inválida) e, portanto, absolutamente nula e, dessa forma, inapta a formar a coisa julgada.

Entretanto, comenta PACELLI<sup>13</sup> que o princípio do juiz natural (art. 5º, incs. XXXVII e LIII, da CRFB), instituído *ratione materiae* e *ratione personae*, configura hipótese de competência absoluta, inafastável por vontade das partes processuais, revelando a natureza pública do interesse em disputa e somente admitindo flexibilização diante da aplicabilidade de norma de mesma estatura hierárquica, ou seja, de norma ou princípio igualmente contemplado no texto constitucional.

Ocorre que, num Estado de Direito Democrático, em que as decisões judiciais são construídas com a participação efetiva das partes, justifica-se a imutabilidade de uma decisão passada em julgado em razão da necessidade de segurança jurídica da solução dos conflitos sociais resolvidos pela via judiciária e, igualmente, para garantir ao interessado uma certa margem de segurança jurídica individual em relação aos fatos a ele imputados em regular processo penal<sup>14</sup>.

No terreno da repressão penal, no qual estão diretamente em jogo valores supremos do indivíduo (vida, liberdade, dignidade), o *ne bis in idem*<sup>15</sup> assume dimensão de proteção autônoma, devendo ser reconhecido mesmo naqueles casos em que não se poderia falar tecnicamente

em coisa julgada e, em consequência, prevalecer sobre os demais princípios constitucionais processuais.

LUÍS ROBERTO BARROSO<sup>16</sup> leciona que nos casos de colisão entre princípios constitucionais, a precedência relativa de um princípio sobre o outro deve ser determinada à luz do caso em concreto, em razão de que não existe hierarquia em abstrato entre princípios.

Portanto, nessa tensão entre os mencionados princípios de justiça e de segurança, o legislador constituinte escolheu, num determinado momento processual (qual seja, o trânsito em julgado da sentença), a segurança e a paz jurídica. Tal processo decisório pautou-se no princípio da proporcionalidade (ou “da proibição de excesso” ou “de justiça”), que, segundo BONAVIDES<sup>17</sup>, é o mais importante princípio<sup>18</sup> e eficaz mecanismo de proteção das liberdades, na ordem constitucional atual, perante o poder do Estado.

Em contrapartida, para dar proteção e eficácia ao valor justiça, o mesmo legislador colocou à disposição das partes (réu e autor) e do julgador diversos institutos e recursos processuais. Porém, uma vez esgotadas ou preclusas as vias recursais e da jurisdição, a sentença penal estabiliza-se, prevalecendo, a partir daí, o valor segurança, mormente, em favor do réu.

### 2.3. CASUÍSTICA

Acerca da soberania da coisa julgada, como verdadeira garantia individual estabelecida em favor de quem se achar processado, esse tem sido o entendimento firme e coerente do Supremo Tribunal Federal e o posicionamento (ainda oscilante) do Superior Tribunal Militar, que trago à colação:

STF. “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PERSECUÇÃO PENAL NA JUSTIÇA MILITAR POR FATO JULGADO NO JUIZADO ESPECIAL DE PEQUENAS CAUSAS, COM TRÂNSITO EM JULGADO: IMPOSSIBILIDADE: CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ADOÇÃO DO PRINCÍPIO DO NE BIS IN IDEM. HABEAS CORPUS CONCEDIDO.”<sup>19</sup>

1. Configura constrangimento ilegal a continuidade da persecução penal militar por fato já julgado pelo Juizado Especial de Pequenas Causas, com decisão penal definitiva. 2. A decisão que declarou extinta a punibilidade em favor do Paciente, ainda que prolatada com suposto vício de incompetência de juízo, é susceptível de trânsito em julgado e produz efeitos.

A adoção do princípio do *ne bis in idem* pelo ordenamento jurídico penal complementa os direitos e as garantias individuais previstos pela Constituição da República, cuja interpretação sistemática leva à conclusão de que o direito à liberdade, com apoio em coisa julgada material, prevalece sobre o dever estatal de acusar. Precedentes. 3. Habeas corpus concedido.”<sup>19</sup>

STM. “RECURSO CRIMINAL. COISA JULGADA. FATO ÚNICO. DOIS PROCESSOS. INCOMPETÊNCIA. JUSTIÇA MILITAR. PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DE RECURSO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. 1. Ação Penal que tramitou até a fase de saneamento, quando a Defesa, no dia designado para julgamento, apresentou documentos informativos de ter sido o fato apreciado por outro Juízo, requerendo o reconhecimento da existência da coisa julgada e a incompetência da Justiça Militar. 2. Ausência de previsão legal no sentido de se contemplar a utilização do recurso em sentido estrito, quando indeferida a exceção de coisa julgada. 3. O instrumento adequado para impugnar a exceção de coisa julgada é o *writ* de habeas corpus e não o recurso em sentido estrito, não se podendo cogitar o Princípio da Fungibilidade do Recurso. 4. A enumeração de hipóteses de cabimento do recurso em sentido estrito, que consta no artigo 516 do CPPM, é taxativa e não exemplificativa. 5. Preliminar de não conhecimento do recurso em sentido estrito, suscitada pelo Ministério Público Militar, acolhida à unanimidade, por ausência de previsão legal. 6. Habeas corpus concedido de ofício para trancar a ação penal, por incompetência da Justiça Militar da União para julgar o feito. Votação por maioria.”<sup>20</sup>

Ainda, no mesmo sentido, é a doutrina de ES-DRAS DOS SANTOS CARVALHO<sup>21</sup> e os arestos do STF: HC 92.912/RS, HC 91505/PR e HC 89.592/DF; e do STM: Embargos 2009.01.007568-6/DF, Rcrim 2004.01.007148-8/RJ, Rcrim 2001.01.006919-0/RJ e Correição Parcial 2007.01.001965-3/DF.

Em sentido contrário, entendendo que a sentença proferida por juiz constitucionalmente incompetente não faz coisa julgada, no âmbito da Justiça Militar, citamos os seguintes arestos do STM: Rcrim 2008.01.007568-8, Rcrim 2008.01.007561-0/RJ e Apelação 2008.01.051185-7/SP. Como já mencionado, os fundamentos jurídicos esposados para tais posicionamentos são, em síntese: a) a incompetência jurisdicional leva à nulidade absoluta, e, portanto, mesmo a coisa julgada, pode ser afastada quando fere a constituição federal;

b) o mesmo fato jurídico, possuindo tipificação em mais de um diploma penal, deve ser enquadrado na norma mais especial (princípio da especialidade), prevelacendo, no caso em concreto, o Código Penal Militar; e, em alguns casos, c) a Lei nº 9.099/95 não se aplica à Justiça Militar, consoante vedação introduzida pela Lei nº 9.839/99 e súmula nº 09 do STM.

No campo doutrinário, os magistrados LOBÃO e ROTH entendem, igualmente, que a coisa julgada NÃO deve ser reconhecida no âmbito da Justiça Militar, em decorrência de determinado injusto penal ter sido conhecido e sentenciado por juiz constitucionalmente incompetente, verbis:

“Equivocadamente, o STM reconheceu coisa julgada na decisão proferida pela justiça comum, em processo instaurado pela prática de crime militar. Posteriormente, com apoio em decisões do STF<sup>22</sup>, a Corte castrense modificou a orientação, passando a rejeitar a exceção de coisa julgada, determinando o prosseguimento do feito na Justiça Militar.” (LOBÃO, Célio. Direito Processual Penal Militar. 2ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense, 2011, pp. 275/6)

“A coisa julgada somente ocorre quando a decisão judicial seja proveniente de órgão judicial competente, segundo a Constituição Federal, logo, se o Juizado Especial Criminal aprecia matéria que refoge ao âmbito de sua competência legal e constitucional, suas decisões, no caso de crimes militares, não alcançam aquele efeito, porquanto são de incompetência absoluta.” (ROTH, Ronaldo João. Coisa Julgada: Lei n. 9.099/95, Juizado Especial Criminal e a competência da Justiça Militar, 2006, p. 12, In <http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/coisajulgada.pdf>)

Em que pese os respeitáveis posicionamentos divergentes, acompanho o entendimento do Procurador da República EUGÊNIO PACELLI<sup>23</sup>, no sentido de que, efetivamente, o que legitima a eficácia preclusiva da coisa julgada, é a necessidade de se exercer um rígido controle da atividade estatal persecutória, diante das graves consequências que normalmente derivam da só existência de imputação formalizada pela prática de um fato típico, no âmbito da proteção à dignidade da pessoa humana (art. 1º, inc. III, CRFB), em todas as suas dimensões.

É, em razão da imutabilidade da sentença penal, que se exige do acusador e julgador a preocupação com a qualidade de seu desempenho e observância dos limites competenciais na prestação jurisdicional, a qual decorre da soberania estatal.

Em consequência, a jurisdição é UNA, nos termos do artigo 1º, caput, da CRFB - o que nem sempre é compreendido na sua plenitude pelos operadores do direito - consoante será analisado a seguir.

#### 2.4. A UNIDADE DE JURISDIÇÃO

Invariável a regra constitucional de distribuição da competência jurisdicional, importante lembrar que, a rigor, a jurisdição não é um poder, mas uma das expressões do poder estatal, o qual é uno. Desse modo, não há diferença essencial entre jurisdição<sup>24</sup>, administração e legislação, enquanto aspectos do poder estatal. A distinção é apenas funcional e, no magistério de FREDERICO MARQUES<sup>25</sup>, tal diferença repousa no caráter da imutabilidade das decisões jurisdicionais, através da autoridade de coisa julgada que a sentença adquire.

O princípio da unidade da jurisdição significa que a jurisdição também é una e indivisível, pois é expressão do poder estatal soberano. Tem fundamento constitucional (art. 1º, caput, da CRFB), pois a indissolubilidade da unidade estatal permeia todos os seus aspectos, inclusive os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Assevera DENILSON FEITOZA PACHECO<sup>26</sup> que as implicações teóricas e práticas da unidade de jurisdição são muitas; por exemplo: a) a relatividade da competência relativa é possível em razão dessa unidade, sem a qual não seria possível a prorrogação da competência; b) a sentença prolatada por um juiz, ainda que ele tenha competência limitada a determinado foro, tem validade em todo o território nacional; c) como a jurisdição é una, a sentença prolatada por um órgão jurisdicional absolutamente incompetente é existente<sup>27</sup> e caracterizada pela nulidade absoluta, pois somente poderíamos dizer que é inexistente se fosse prolatada por um não-juiz.

Em consequência, a autoridade judicante que, por equívoco, prolatar sentença com força de *res judicata*, estará atuando na qualidade de agente público, legalmente investido na função jurisdicional do Estado, e revestido do conhecimento e competência necessários para a aplicação da lei ao caso em concreto, o que proporcionará a segurança técnico-jurídica que a sociedade tanto espera (e deseja) do Estado-Juiz.

Portanto, se de forma acertada ou equivocada, a coisa julgada deve ser tida como verdadeira<sup>28</sup> (*res judicata pro veritate habetur*), pois não é desejável por nenhuma sociedade, nem é finalidade de um Estado de Direito (que pretende ser Democrático), que a prestação da atividade jurisdicional eternize os conflitos interpessoais, inviabilizando a paz social e a segurança jurídica.

#### 3. CONCLUSÃO

A coisa julgada, como expressão do princípio da segurança jurídica, é garantia fundamental insculpida no art. 5º, inc. XXXVI, da CRFB, e nas leis processuais pátrias.

O princípio do juiz natural e constitucionalmente competente constitui verdadeira garantia individual estabelecida em favor de quem se achar “processado” ou “sentenciado” (favor rei e favor libertatis).

No terreno da repressão penal, no qual estão diretamente em jogo valores supremos do indivíduo (vida, liberdade, dignidade), o rigor técnico da ciência processual há de ceder perante os princípios maiores do *favor rei e do favor libertatis*. Nesses casos, o dogma do *ne bis in idem*, assume dimensão de proteção autônoma, devendo ser reconhecido mesmo naqueles casos em que não se poderia falar, tecnicamente, em coisa julgada.

Nos casos de tensão entre os princípios de justiça e de segurança, o legislador constituinte escolheu, num determinado momento processual (o trânsito em julgado da sentença), a prevalência da segurança e da paz jurídica. Tal processo decisório pautou-se no princípio da proporcionalidade.

Consoante o princípio da unidade da jurisdição, esta atividade estatal é una e indivisível, pois decorre da expressão da soberania do poder estatal. Em consequência, a autoridade judicante - que, por equívoco, prolatar sentença com força de *res judicata* - estará atuando na qualidade de agente público, legalmente investido na função jurisdicional e, portanto, tal sentença será, no mínimo, existente.

As eventuais falhas na fixação (e atuação) da jurisdição competente, mesmo inconscientes, NÃO poderão onerar o cidadão eventualmente infrator, mormente, quando já tenha sido processado por órgão jurisdicional [criminal], ainda que constitucionalmente incompetente, mas revestido da legalidade necessária ao exercício da magistratura.

## Notas

- 1 STM. Página 10 do voto contido na Apelação nº 2008.01.051185-7/SP. Decisão de 21/10/2009.
- 2 Comentários ao art. 153, § 3º, da CF de 1967, que correspondia à coisa julgada do atual art. 5º, inc. XXXVI. MELLO FILHO, José Celso. Constituição Federal Anotada. São Paulo: Ed. Saraiva, 1984, p. 326.
- 3 Curso de Direito Constitucional. 25ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 1999, pp. 296/7.
- 4 Curso de Direito Constitucional Positivo. 32ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2009, pp. 436/7.
- 5 A professora ADA PELLEGRINI, referenciando Liebman, assevera que a coisa julgada é uma qualidade da sentença e dos seus efeitos, qualidade esta que consiste em sua imutabilidade. Entretanto, a autoridade da coisa julgada só é oponível às partes do processo, sendo que o terceiro juridicamente prejudicado pela sentença pode opor-se a ela, pelos meios disponíveis no direito processual.
- 6 Elementos de Direito Processual Penal. 1ª edição. 2ª tir. Vol. III. São Paulo: Ed. Bookseller, 1998, p. 90.
- 7 BONFIM, Edilson Mougenot. Curso de Processo Penal. 3ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2008, pp. 273/5.
- 8 Op. cit., pp. 82/3. “Falava PIMENTA BUENO [in Apontamentos Sobre as Formalidades do Processo Civil, 1858, nº 185, p. 94] em coisa julgada e em coisa soberanamente julgada, dando a última designação às sentenças passadas em julgado que não estavam sujeitas sequer a ação rescisória”
- 9 “Esta modalidade de revisão visa a corrigir os erros judiciários contidos em uma sentença, porém somente se a mesma for prejudicial ao réu, ou seja, se a sentença for condenatória. Não pode, de maneira alguma, ser proposta se a sentença for absolutória. Países como França, Itália, Espanha e Brasil adotam este sistema de revisão criminal [pro reo].” (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 7ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, p. 850)
- 10 “Se a transação penal é um mero acordo (um pacto) realizado entre o Ministério Público e o autor do fato, não será admissível a revisão criminal da decisão judicial que a homologa. A hipótese é de ação anulatória, nos termos do art. 486 do CPC, com perfeita aplicação na área criminal, pois, da mesma forma que se aplica a justificação judicial (cf. art. 861 do CPC) e o mandado de segurança na esfera criminal, poder-se-á aplicar a ação anulatória. Nada há que se impeça, a não ser a ausência de interpretação sistemática e a analogia (cf. art. 32do CPP).” (RANGEL, Paulo. Direito Processual Penal. 7ª ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2003, p. 859)
- 11 O querelante é o substituto processual, expressamente definido em lei, do Ministério Público, na função de titular da ação penal. Na ação penal privada, o imputado denomina-se querelado
- 12 GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio Magalhães. As nulidades no Processo Penal. 7ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001, p. 51.
- 13 Curso de Processo Penal. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 179/80.
- 14 OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de Processo Penal. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 521.
- 15 O princípio ne bis in idem ou da vedação da persecução penal múltipla ou, ainda, princípio da vedação da revisão pro societate encontra-se expressamente previsto no ordenamento jurídico brasileiro, por meio de norma oriunda da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Decreto nº 678/1992, art. 84, item 4), verbis: “O acusado absolvido por sentença passada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.”
- 16 Curso de Direito Constitucional Contemporâneo. 2ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2010, p. 330.
- 17 Curso de Direito Constitucional. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010, pp. 394 e 402/05.
- 18 “O princípio da proporcionalidade é, em rigor, antiquíssimo. Redescoberto nos últimos duzentos anos, tem tido aplicação clássica e tradicional no campo do Direito Administrativo. Mas a grande novidade do fim do século XX vem sendo, sem dúvida, sua aplicação no domínio do Direito Constitucional, tão revolucionária ou tão importante quanto a da Tópica [metodologia hermenêutica (re)criada por THEODOR VIEHWEG, em 1953, por meio da obra “Tópica e Jurisprudência”, o qual a caracterizou como “técnica de pensar o problema” (p. 490) e, portanto, volvida concretamente para solucionar problemas na esfera do direito” (p. 492) há algumas décadas na esfera da Teoria do Direito e dos métodos interpretativos, graças a ela, largamente renovados e reavaliados.” (pp. 398/9). (BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 25ª ed. São Paulo: Malheiros Editores Ltda., 2010)
- 19 STF. HC nº 86606/MS. Rel. Min. CARMEN LÚCIA. Primeira Turma. Julgado em 22/05/2007.
- 20 STM. Recurso em Sentido Estrito nº 2007.01.007493-2/RS. Min. Rel. Ten Brig WILLIAM DE OLIVEIRA BARROS. Min. Revisor e Relator p/ Acórdão FLAVIO F. C. BIERRENBACH. Decisão de 09/04/2008.
- 21 O Direito Processual Penal Militar – numa visão garantista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, pp. 119/25
- 22 HC nº 69121/RJ. Rel. Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julg. em 17/03/1992, DJ 10/04/1992; e HC nº 84027/RJ. Rel. Min. CARLOS VELLOSO, Primeira Turma, julg. em 27/04/2004, DJ 21/05/2004.
- 23 Curso de Processo Penal. 7ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 521.
- 24 A jurisdição é, ao mesmo tempo, poder, função e atividade. Como função, é o encargo que têm os órgãos estatais de promover a pacificação dos conflitos interindividuais, por meio do processo. Como atividade, é o complexo de atos do juiz no processo.” (DENILSON FEITOZA PACHECO, op. cit., p. 282)
- 25 Op. cit., p. 182: “A coisa julgada, como disse EDUARDO COUTURE [in Fundamentos del Derecho Penal, 1951, p. 304], ‘é atributo específico da jurisdição’. Nem o legislador nem tampouco a administração pública podem expedir atos com os predicados da sentença imutável que se consubstancia na prestação jurisdicional entregue aos litigantes.”
- 26 Direito processual penal: teoria, crítica e práxis. 5ª ed. Niterói: Ed. Impetus, 2008, p. 289.
- 27 “Entendemos, diversamente. Mesmo diante de incompetência constitucional, sendo o juiz também criminal, estamos diante de nulidade absoluta do ato praticado ou do processo presidido por juiz absolutamente incompetente, e não de inexistência, o que somente ocorreria se fosse perante um não-juiz. Por exemplo, é o que acontece se um juízo militar (conselho de Justiça militar ou, na sua competência singular, o juiz de direito do juízo militar) conhece um crime comum (juiz criminal comum).” (grifei) (DENILSON FEITOZA, Op. cit., p. 896)
- 28 TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. Prática de Processo Penal. 24 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 429/30.



João Roberto de Toledo  
Defensor Público Federal,  
lotado em Juiz de Fora-  
MG – Pós-Graduado em  
Direito Público



O INTERROGATÓRIO DO ACUSADO  
NO PROCESSO PENAL MILITAR DEVE  
SE DAR AO FINAL DA INSTRUÇÃO

## INTRODUÇÃO

Lá pelos idos de 1994, quando ainda era um estagiário de direito, este articulista observava frequentemente uma prática processual pouco republicana, apesar de endossada pela jurisprudência de então, qual seja, existindo acusado pobre, sem advogado constituído, o juiz criminal interrogava o acusado, nomeando, ato contínuo, um advogado dativo para patrocinar sua defesa nos autos.

Naquela época o código de processo penal situava o interrogatório do acusado logo no início do processo. O acusado era citado para comparecer à assentada onde seria interrogado, contando-se desta data o prazo para oferecimento do que se chamava à época defesa prévia.<sup>1</sup>

Era evidente o prejuízo para a defesa desse acusado, que era interrogado pelo juiz criminal, ficando à mercê do acusador estatal, agente qualificado e que sabia perfeitamente extrair do interrogatório tudo quanto lhe interessasse para garantir o sucesso da acusação por ele próprio encetada contra o acusado.

Um primeiro passo para tornar nosso processo penal mais conforme aos ditames do verdadeiro Estado Democrático de Direito preconizado pela Constituição Federal de 1988 veio com a alteração do art. 185 do CPP pela lei 10.792/03.

O referido dispositivo legal passou a exigir que o acusado, comparecendo perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado **na presença de seu defensor, constituído ou nomeado.**

Percebe-se um ganho em termos de garantias processuais, visto que o acusado passou a contar com a presença de seu defensor, constituído, ou nomeado, na audiência de interrogatório, ato processual de fundamental importância vez que constitui o primeiro ato de defesa do acusado; autodefesa, onde ele pode expor ao juiz a sua versão sobre os fatos que lhe são imputados.

Sem dúvida, a presença do defensor, público ou privado, constituído ou nomeado, assegura o equilíbrio entre acusação e defesa que deve presidir o processo penal moderno, onde o acusado deixa de ser mero objeto e passa a ser sujeito de direitos na relação processual estabelecida.<sup>2</sup>

Alvissareira a redação conferida ao § 5º, do art. 185, do CPP, garantindo ao acusado o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor.

Nada mais natural que o acusado, via de regra leigo em matéria jurídica, possa ser previamente orientado por profissional do direito sobre a forma mais conveniente de conduzir a sua defesa no processo penal, posto que no pólo ativo da ação se encontra, na maioria esmagadora dos casos, um acusador público, qualificado e determinado a perseguir a condenação do imputado ao final do procedimento.

É a garantia da “paridade de armas”.

## 1.O INTERROGATÓRIO NO PROCESSO PENAL COMUM

A lei 11.719/08, dentre outras inovações, trasladou o interrogatório do início do processo para o final do mesmo, após ouvidos o ofendido, as testemunhas de acusação e de defesa e o perito, quando for o caso.

O processo penal brasileiro foi revitalizado para se aproximar do modelo constitucional vigente, sobretudo da cláusula da Ampla Defesa, prevista no art. 5º, inciso LV, da Constituição Federal.

Está fora de questão que sendo interrogado ao final do procedimento, após tomar conhecimento da imputação que lhe é dirigida e das provas produzidas, tanto pela acusação quanto pela defesa, o acusado, orientado pela defesa técnica, representada pelo defensor constituído ou nomeado, terá melhores condições de exercer sua autodefesa perante o acusador público ou privado e o magistrado que vai julgar a sua causa.

Existe o argumento, data venia, míope, no sentido de que o acusado ouvido ao final do processo e assistido por advogado estará mais apto a mentir e inventar a versão dos fatos que lhe seja mais cômoda.

Ora, o ônus de provar os fatos narrados na peça acusatória cabe exclusivamente à acusação.<sup>3</sup>

Imaginemos, por hipótese, que o acusado num processo penal, diante da acusação apresentada em juízo, limite-se a permanecer calado como lhe assegura a Constituição Federal (art. 5º, inciso LXIII). Evidentemente, apesar do silêncio do acusado não se presume materialidade do fato, autoria, ou culpabilidade. A lógica do “quem cala consente” constante do art. 111 do Código Civil não funciona em matéria processual penal, sendo de aplicabilidade limitada inclusive na esfera cível, visto que depende da lei não exigir declaração expressa de vontade, dos costumes locais e das circunstâncias do caso.<sup>4</sup>

E qual a diferença, em termos de garantias, entre quando o acusado prefere silenciar e quando prefere declarar sua versão dos fatos ao juiz criminal no interrogatório?

Diferença nenhuma. Em ambas as hipóteses, silenciando ou declarando sua versão dos fatos, o acusado tem garantias processuais, dentre as quais a concentração da carga probatória sobre a acusação quanto aos fatos narrados na peça inaugural da ação penal.

Não se desincumbindo o acusador de provar os fatos narrados na peça acusatória impõe-se a absolvição do acusado. Observa-se que esta é a baliza normativa indicada pelos incisos I, II, IV, V e VII do art. 386 do CPP<sup>5</sup>, repetido, observadas as devidas proporções, no art. 439, alíneas a, c e e, do Código de Processo Penal Militar -CPPM.<sup>6</sup>

Além disso, é de se admitir que o juiz da causa tenha, até por ser pressuposto para sua aprovação em concurso público e investidura no cargo, o mínimo de bom senso e de discernimento, de forma que se o acusado no seu interrogatório inventar alguma “fábula” sobre os fatos narrados na denúncia ou queixa-crime, o julgador, obviamente, avaliará as informações prestadas pelo acusado em conjunto com as provas produzidas durante a instrução processual.

Inclusive o sistema adotado no ordenamento processual penal pátrio é o da livre convicção motivada, onde o juiz goza de uma liberdade regrada ao motivar sua decisão, estando limitado pelas provas lícitas constantes dos autos.<sup>7</sup>

## 2.A CONSTITUIÇÃO FEDERAL E O DIREITO INTERNACIONAL

A Constituição Federal, como dito alhures, garante no art. 5º, inciso LV, a ampla defesa a todos os acusados no processo penal.

Fora de dúvida, para que a defesa seja a mais ampla possível o acusado deve poder se entrevistar com defensor de sua escolha<sup>8</sup> antes do interrogatório com o juiz da causa criminal.

E mais, que o interrogatório se dê após o conhecimento pelo acusado e por sua defesa técnica da imputação que lhe é dirigida, bem como das provas que a sustentam, oportunizando a eleição da melhor estratégia para a defesa pessoal perante o juiz criminal.

Não é outro o sentido que se pode extrair do que consta da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, quando enuncia, no artigo X, que todo ser humano tem direito, em plena igualdade, a uma justa e pública audiência por parte de um tribunal independente e imparcial, para decidir sobre seus direitos e deveres ou do fundamento de qualquer acusação criminal contra ele.

Associa-se a tal dispositivo da Declaração o disposto no seu artigo XI, ao dispor que todo ser humano acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que a sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenham sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.

Ademais, o Pacto de São José da Costa Rica, ao tratar das Garantias judiciais, no seu Art. 8º, alínea d, dispõe ser direito do acusado defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor. Na alínea g, do mesmo art. 8º, consta o direito de não ser obrigado a depor contra si mesmo.<sup>9</sup>

Ora, o que se pode auferir da conjugação das várias normas da Constituição Federal, da Declaração Universal de Direitos Humanos e do Pacto de São José da Costa Rica

é que a ampla defesa compreende o direito de se entrevistar previamente com advogado da escolha do acusado e de ser ouvido ao final do processo, após conhecer a imputação que lhe é dirigida e quais as provas que sustentam a acusação.

A se acolher outro raciocínio, qual seja, de que o acusado pudesse continuar a ser interrogado sem prévia entrevista com seu defensor, ou ser interrogado sem prévio contato com os autos e exame das provas contra ele coligidas, estaríamos a admitir a possibilidade do acusado em seu interrogatório, por mero desconhecimento do que lhe é imputado e das provas coligidas pelo órgão acusador, produzir prova contra si mesmo, fornecendo informações ou prestando declarações que não forneceria ou prestaria se conhecesse previamente o teor e a densidade do material probatório à disposição do acusador e se estivesse devidamente orientado por profissional do direito.

Nesse passo é relevante lembrar que o Pacto de São José da Costa Rica, como reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, goza de status supralegal, portanto com força para revogar a legislação ordinária interna que a ele se oponha, como aconteceu no caso da prisão do depositário infiel.<sup>10</sup>

Assim, existindo norma veiculada em lei ordinária que tenda a suprimir ou dificultar a prévia entrevista do acusado com seu defensor, ou antecipar o interrogatório, impedindo o pleno conhecimento tanto da imputação, quanto das provas coligidas pela acusação em desfavor do acusado, tal norma não subsiste ao cotejo com as normas de garantias processuais previstas no art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica acima colacionadas.

## 3.O CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR

O código de processo penal militar, anacrônico e carecedor de urgente reformulação, mantém o interrogatório como ato processual que se segue ao recebimento da denúncia e precede à instrução processual, como dispõe o seu art. 302.<sup>11</sup>

Trata-se do Decreto-lei N° 1.002, de 21 de outubro de 1969, norma a que se tem atribuído o status de lei ordinária.

Atuando perante a Justiça Militar da União, depa-ramo-nos diuturnamente com acusados que muitas vezes são citados de véspera para serem interrogados após uma breve conversa de alguns poucos minutos com o defensor, de forma que a ampla defesa nos termos preconizados pela Constituição Federal e pelo Pacto de São José da Costa Rica resta sobremaneira prejudicada.

O acusado é interrogado antes da prova que deve embasar a imputação ser produzida pela acusação, em contraditório, perante o juízo, o que, como aduzido acima, pode fazer com que o acusado preste informações prejudiciais à sua própria defesa técnica em juízo, produzindo provas contra si mesmo, o que é indesejado num modelo penal acusatório como o projetado pelo legislador constituinte.

Poder-se-ia dizer que o acusado poderia simplesmente calar, como lhe permite o art. 5, LXIII, da Constituição Federal, de forma que o interrogatório no início do processo não teria o potencial de prejudicar sua defesa em juízo.

Porém, não se pode esquecer que o interrogatório já não é visto mais como outrora, como mero meio de prova, mas também como meio de defesa pessoal do acusado, oportunidade que ele tem de apresentar, diretamente ao juiz, sua versão dos fatos que lhe são imputados e influir na formação da convicção do julgador.

Por isso, afirmar que o acusado pode se calar não resolve o impasse, vez que se estaria na verdade dizendo que ele poderia deixar exercer um direito seu de autodefesa para não correr o risco de produzir prova contra si mesmo, o que sobre não ser razoável é contrariar o princípio da ampla defesa assegurado constitucionalmente.

Pedindo vênias aos que ainda defendem a chamada busca da denominada “Verdade Real” no processo penal – como se a verdade pudesse de fato ser alcançada no processo penal ou não-penal – não se pode aceitar tal ideário, que, aliás, carece de fundamento constitucional<sup>12</sup>, por cercar o direito do acusado se auto-defender, através do seu interrogatório em juízo, após produzidas as provas em contraditório, sobretudo as provas da acusação, a quem cabe, frise-se, primordialmente, demonstrar a veracidade dos fatos constantes da peça acusatória.

Mais uma vez calha lembrar que o vetusto Código de Processo Penal Militar, que se mantém velho e defasado também na sua interpretação, data máxima venia, por obra do Poder Judiciário Militar, pelo menos no âmbito da Justiça Militar da União, onde este articulista atua, não trata sequer da vedação das provas ilícitas, obtidas por meios ilícitos, ou delas derivadas, como faz o CPP, no art. 157.

Trata-se de uma legislação produzida numa época de poucas luzes (1969), sob inspiração evidentemente autoritária, que sofreu pouquíssimas alterações ao longo das décadas, mantendo-se retrógrada em seu texto superado pela evolução do ordenamento constitucional e pela exegese conferida pelos órgãos colegiados da Justiça Castrense, cuja existência já não se justifica no modelo penal acusatório inaugurado pela Constituição Federal de 1988, que exige independência e imparcialidade do juiz criminal.<sup>13</sup>

Deve ser aqui registrado que uma grande virtude da Justiça Militar da União é o respeito deferido aos advogados particulares e Defensores públicos que lá oficiam. É o único lugar, pelo menos do conhecimento deste articulista, onde o Ministério Público e a Defesa encontram-se no mesmo plano físico, diga-se de passagem, mantendo o distanciamento necessário entre o órgão julgador e as partes no processo, resguardando, pelo menos nesse sentido, a “paridade de armas” entre acusação e defesa e o respeito pelo profissional que promove a defesa do acusado<sup>14</sup>.

O mesmo, infelizmente, não se pode dizer da Justiça Federal que, lamentavelmente, fechou os olhos para a disposição contida no parágrafo 7º, do art. 4º da LC 80/94, com a redação dada pela LC 132/09 e fez ouvidos mocos aos pleitos da Defensoria Pública para que fosse observada a disposição legal.

O que se ouve corriqueiramente no meio judiciário castrense é que o CPPM não é omissivo em matéria de interrogatório e que, por não haver omissão, não seria aplicável o disposto no CPP (interrogatório ao final do processo), por força do art. 3º do Código de Processo Penal Militar.

Porém, é de se ressaltar que não se trata de omissão pura e simplesmente, observável *prima facie*, mas de norma jurídica de status ordinário (decreto lei) que não fora recepcionada pela Constituição Federal (art. 5º, incisos LV e LXIII), gerando sim uma lacuna, mas num segundo momento de reflexão.

A esta altura, poder-se-ia argumentar que o próprio Código de Processo Penal comum somente passou a prever o interrogatório ao final do processo após a promulgação da lei 11.719/08 e ninguém cogitou da sua contradição com a Constituição antes de tal diploma legislativo.

Porém tal norma jurídica fora resultado de um projeto de lei gestado no Congresso Nacional desde o ano de 2001, em cujo parecer o relator na Comissão de Constituição e Justiça, o então Deputado Federal Ibrahim Abi-Ackel, ressaltou a autoridade intelectual dos estudiosos do direito processual penal cujas posições doutrinárias já preconizavam e sustentavam as alterações constantes do projeto de lei, muito antes do início do tramite legislativo da matéria.<sup>16</sup>

Dentre eles, doutos do quilate da professora Ada Pellegrini Grinover<sup>17</sup> que antes mesmo da Constituição Federal de 1988 já preconizava que o acusado não pode ser tratado como objeto pelo julgador, mas como sujeito de direito.

Resta claro, pois, que mesmo antes da edição da lei 11.719/08 poderiam ser questionadas a incompatibilidade tanto da redação originária do CPP, quanto da redação do CPPM, com as disposições constitucionais e dos tratados de direitos humanos ratificados pelo Brasil, destacando-se nesta senda o Pacto de São José da Costa Rica, que estabelece as garantias processuais dos acusados em processos penais nas alíneas do seu art. 8º.<sup>18</sup>

No caso específico da Justiça Militar, em que pesem opiniões respeitáveis em sentido contrário, o articulista já parte da premissa de que o julgamento colegiado pelos Conselhos de Justiça<sup>19</sup>, compostos na maior parte (4 entre 5 componentes) por juizes militares, sem as garantias constitucionais típicas de que gozam os membros do Poder Judiciário, garantias da imparcialidade que deve ter o julgador, não atende às exigências que a Constituição<sup>20</sup> e o Pacto de São José da Costa Rica<sup>21</sup> impõem em relação ao juiz da causa, sobretudo independência e imparcialidade.

Mas, isso é assunto para outra oportunidade.

Admitindo, apenas por hipótese, que os julgamentos pelos órgãos colegiados da Justiça Militar atendam às exigências de imparcialidade constantes do Texto Constitucional e do Pacto de São José da Costa Rica, resta a questão atinente ao procedimento.

Será que o procedimento previsto no art. 302 do Código de Processo Penal Militar, que data de 1969, passa pelo crivo de Constitucionalidade (recepção ou não) e será que o mesmo dispositivo legal se adequa às garantias judiciais dispostas no art. 8º do Pacto de São José da Costa Rica?

A resposta só pode ser negativa.

O art. 302 do CPPM não está de acordo com o Texto Constitucional de 1988, nem atende às exigências constantes do art. 8º, nº 2, alíneas d e g, do Pacto de São José da Costa Rica, visto que impõe ao acusado o interrogatório sem que antes sejam apresentadas as provas de que dispõe a acusação, nem tampouco produzidas as contraprovas da defesa, ou a prova pericial, quando for o caso, o que contraria o senso comum da teoria processual penal contemporânea de oportunizar ao acusado sua defesa pessoal de forma efetiva e não apenas formalmente.

Temos que lembrar que o Pacto de São José da Costa Rica teve reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal sua força normativa Supralegal, pelo que o Código de Processo Penal militar lhe é norma de status subalterno, não podendo, pois, desatender às garantias processuais elencadas no art. 8º daquele tratado internacional, especialmente no que se refere ao depoimento pessoal.

Mais uma vez, o interrogatório é misto de meio de prova e de defesa pessoal do acusado, não se sustentando vertentes que afirmam que o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII da Constituição) inviabilizaria a possibilidade do acusado produzir prova contra si mesmo, pois, como dito acima, o interrogatório é direito do acusado, mas direito a um interrogatório qualificado pela ciência do que a acusação alega contra ele e de quais provas dispõe para provar a imputação.

E como também já fora salientado, o juiz é livre para avaliar o interrogatório, que é também meio de prova, além de meio de defesa pessoal do acusado, em conjunto com as demais provas coligidas no curso da instrução processual, de forma que nenhum prejuízo existe à quimérica “verdade real” apregoada, sobretudo, pelos acusadores públicos na seara militar para justificarem a manutenção da prática autoritária que ainda prevalece na Justiça Castrense da União.

#### 4. POSSIBILIDADE DE ADAPTAÇÃO DA NOVA SISTEMÁTICA AO PROCESSO PENAL MILITAR

O Supremo Tribunal Federal, em recente decisão, resolveu aplicar a sistemática do interrogatório ao final da instrução penal para processo de competência originária dos tribunais, regido pela Lei 8.038/90, que no seu art. 7º preconiza o interrogatório logo após o recebimento da denúncia, como de resto faz o art. 302 do CPPM, objeto das presentes reflexões.

Dado o teor altamente elucidativo do voto do Min. Ricardo Lewandowski, na AP 528, em julgamento de 24/03/2011, peço vênias para transcrevê-lo com alguns grifos:

“O Sr. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI: em que pesem as relevantes considerações formuladas pela agravante, penso não lhe caber razão, pelos fundamentos abaixo listados.

Como é sabido, a Lei 11.719/2008 modificou o art. 400 do CPP e transferiu o interrogatório para o final do procedimento, passando o dispositivo a contar com a seguinte redação:

«Art. 400 - Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado».

Não se pode negar que se trata de um tema de altíssima relevância, dado o reflexo que a referida inovação legal exerce sobre o direito constitucional à ampla defesa, embora não tenha tido ainda o Supremo Tribunal Federal a oportunidade de posicionar-se definitivamente a respeito dele, nem mesmo em sede de questão de ordem.

O tema, é bem verdade, chegou a ser debatido pelos Ministros na sessão plenária de 7 de outubro de 2010, em questão de ordem suscitada na AP 470.

Contudo, como naquela ação penal o interrogatório já havia sido realizado, não se prosseguiu a discussão.

Revedo as notas taquigráficas da aludida sessão, a apoiar a tese da transferência do interrogatório para o final do procedimento, penso serem elucidativas as considerações tecidas na ocasião pelo eminente Ministro Celso de Mello. Em transcrição livre, dado que o v. acórdão ainda não foi inteiramente lavrado, nas palavras de Sua Excelência:

Agora, de outro lado, tal seja a compreensão que se dê ao ato de interrogatório, que, mais do que simples meio de prova, é um ato eminente de defesa daquele que sofre a imputação penal e é o instante mesmo em que ele poderá, no exercício de uma prerrogativa indisponível, que é o da autodefesa e que compõe o conceito mais amplo e constitucional do direito de defesa, tal seja a compreensão então que se dê ao ato de interrogatório - eu, por exemplo, vejo, no interrogatório, um ato de defesa, e isso foi muito acentuado por essa recente alteração introduzida pela reforma processual penal de 2008 -, portanto, a realização do interrogatório do acusado como o ato final da fase instrutória permitirá a ele ter, digamos, um panorama geral, uma visão global de todas as provas até então produzidas nos autos, quer aquelas que o favorecem, quer aquelas que o incriminam, uma vez que ele, ao contrário do que hoje sucede - hoje, o interrogatório como sendo um ato que precede a própria instrução probatória muitas vezes não permite ao réu que apresente elementos de defesa que possam suportar aquela versão que ele pretende transmitir ao juízo processante -, com a nova disciplina ritual e tendo lugar na última fase da instrução probatória o ato do interrogatório, o acusado terá plenas condições de estruturar de forma muito mais adequada a sua defesa, embora ele, como réu, não tenha o ônus de provar a sua própria inocência; cabe sempre o ônus da prova a quem acusa. O órgão do Ministério Público que deve acusar; deve acusar com base em provas lícitas e, além de qualquer dúvida, razoável.

Mas, de qualquer maneira, o réu tem o direito de ser interrogado; pode, eventualmente, calar-se; pode, eventualmente, abster-se de qualquer resposta. Mas, de todo modo, tendo uma visão global de todos os elementos de informação até então produzidos, ele então poderá estruturar melhor a sua defesa. E, ainda, devemos ter em consideração que o processo penal é, por excelência, um instrumento de salvaguarda dos direitos do réu. O Estado delinea um círculo em cujo âmbito torna-se lícito ao Poder Público fazer instaurar a persecução penal e praticar todos os atos que levem à comprovação lícita da imputação deduzida contra determinada pessoa. O que não se pode é transpor os limites da circunferência, sob pena de o Estado, em assim agindo, incidir em comportamento ilícito.

Portanto, são regras que claramente vêm definidas em favor do acusado. Já o dizia o velho João Mendes de Almeida Júnior, no seu conhecido «Curso de Processo Penal», em edição de 1911. E essa é uma posição que vem sendo reafirmada pela doutrina, especialmente hoje com a constitucionalização do processo, notadamente do processo penal, em que se estabelece uma clara relação de polaridade conflitante entre a pretensão punitiva do Estado, de um lado, e o desejo de liberdade do acusado, de outro».

Tendo em conta essas judiciosas constatações, afirmar que é essencial aos sistemas processuais respeitarem à plenitude o direito de defesa e ao contraditório afigura-se, no mínimo, despiciendo, pois tais premissas encontram-se assentadas não apenas no ordenamento pátrio, mas revelam-se como alguns dos mais caros valores do Estado Democrático de Direito, assim sendo reconhecido pela grande maioria das nações civilizadas.

Nessa linha, parece-me relevante constatar que, se a nova redação do art. 400 do CPP possibilita ao réu exercer de modo mais eficaz a sua defesa, tal dispositivo legal deve suplantar o estatuído no art. 7º da Lei 8.038/90, em homenagem aos princípios constitucionais aplicáveis à espécie.

Ora, possibilitar que o réu seja interrogado ao final da instrução, depois de ouvidas as testemunhas arroladas, bem como após a produção de outras provas, como eventuais perícias, a meu juízo, mostra-se mais benéfico à defesa, na medida em que, no mínimo, conferirá ao acusado a oportunidade para esclarecer divergências e incongruências que, não raramente, afloraram durante a edificação do conjunto probatório.

Assim, caso entenda-se que a nova redação do art. 400 do CPP propicia maior eficácia à defesa, penso que deve ser afastado o previsto no art. 7º da Lei 8.038/90, no concernente à designação do interrogatório.

Voltando a discussão para um aspecto mais formal, entendo que o fato de a Lei 8.038/90 ser norma especial em relação ao Código de Processo Penal, de cunho nitidamente geral, em nada influencia o que aqui se assentou.

É que, a meu sentir, a norma especial prevalece sobre a geral apenas nas hipóteses em que estiver presente alguma incompatibilidade manifesta e insuperável entre elas. Nos demais casos, considerando a sempre necessária aplicação sistemática do direito, cumpre cuidar para que essas normas aparentemente antagônicas convivam harmonicamente.

De resto, a aplicação subsidiária das disposições gerais e especiais do CPP à Lei 8.038/90 é expressamente reconhecida pelo art. 9º desta última, cuja redação estabelece o seguinte: «Art. 9º - A instrução obedecerá, no que couber, ao procedimento comum do Código de Processo Penal».

Com base nas considerações acima, voto no sentido de negar provimento ao agravo regimental em tela.” (Agravo Regimental na Ação Penal (AP) 528, no Pleno do STF- julgado em 24/03/2011)

Perceba-se que o voto do Min. Lewandowski equaciona perfeitamente a questão aqui debatida.

É preciso interpretar a aplicar as normas ordinárias tendo em vista sua compatibilidade com o Texto Constitucional de 1988, com as garantias expressas e implícitas da Constituição, sem se olvidar dos Tratados Internacionais firmados pelo Brasil; e não o contrário, como lamentavelmente é comum se ver na Justiça Militar, especificamente sobre o interrogatório do acusado, onde o que o CPPM contém é tido como dogma intransponível, que deve ser observado a qualquer custo, mesmo contrariando garantias fundamentais do acusado e do próprio regime democrático de direito que pretendemos sustentar enquanto país dito culturalmente civilizado.

Além disso, como o Min. Lewandowski ressalta em seu voto, inexistente qualquer prejuízo para o bom andamento do processo penal quando se outorga ao acusado todas as garantias e possibilidades de ser interrogado ao final do procedimento, após a produção das provas em contraditório.

Nem colhe invocar a conhecida panacéia do binômio “Hierarquia e Disciplina”, lembrada em todas as ocasiões na Justiça Castrense, sob o pretexto de se tratar de Justiça Federal Especializada e que lida com ramo autônomo do Direito, a saber, o Direito Penal Militar.

As garantias Constitucionais, a Proclamação dos Direitos Humanos de 1948, o Pacto de São José da Costa Rica, bem como todos os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos, naquilo que se referem aos acusados em processo penal, dirigem-se a todos, militares e civis, julgados perante a Justiça Comum ou Militar.

Afinal, a Justiça Castrense, o Direito Penal Militar e o Direito Processual Penal Militar não são imunes aos ditames constitucionais e convencionais, estando subordinados a estes tanto quanto quaisquer dos demais ramos do Poder Judiciário e das disciplinas jurídicas autônomas<sup>22</sup>

Aqui é bom lembrar que a Justiça Militar da União julga civis e militares, diferentemente do que acontece com a Justiça Militar dos Estados, que somente julga militares,<sup>23</sup> o que é uma peculiaridade negativa do ordenamento jurídico, por atribuir competência a um tribunal militar para julgar civis em tempo de paz.

Enfim, aplicar o disposto no art. 400 do CPP ao interrogatório no âmbito da Justiça Militar da União não causaria qualquer prejuízo para o deslinde da ação penal, como acima aduzido, porque o juízo colegiado forma sua livre convicção com base em todas as provas produzidas no processo e não somente com base no interrogatório do acusado.

### 5. CONCLUSÃO

Do que acima se expôs, podem-se extrair algumas conclusões, que se passa a enumerar, sem prejuízo de outras não vislumbradas por este articulista:

a) O art. 302 do CPPM, que impõe o interrogatório do acusado logo após o recebimento da denúncia, não foi recepcionado pela Constituição Federal e infringe o Pacto de São José da Costa Rica, que lhe é norma superior por ter status supralegal reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal;

b) Ante a insubsistência da norma constante no art. 302 do CPPM, pode ser requerida pela defesa, logo após o recebimento da denúncia no âmbito da Justiça Militar, a postergação do interrogatório do acusado para o último momento da instrução processual, aplicando-se o disposto no art. 400 do CPP, em decorrência do surgimento de lacuna na legislação especial, ganhando aplicabilidade a legislação processual penal comum, por força do art. 3º, do próprio CPPM;

c) A negativa do juízo militar em atender ao pleito da defesa viabilizaria a imediata impetração de Habeas corpus em favor do acusado, visto que o interrogatório do acusado logo após o recebimento da denúncia, nos termos do art. 302 do CPPM, constitui prova ilícita, por violação das garantias constitucionais e convencionais (tratados internacionais) do acusado acima apontadas, além de ser ilegal por aplicar norma que perdeu seu suporte de validade (não-recepção) ou foi simplesmente revogada, não mais subsistindo no ordenamento jurídico;

d) Mantida a aplicação do art. 302 do CPPM no âmbito da Justiça Militar, seria o caso de se buscar uma manifestação do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, que certamente se reveste de grande relevância em razão do elevado número de acusados militares submetidos às justiças castrenses estaduais e de acusados militares e civis processados perante a Justiça Militar da União;

e) Por se tratar de questão puramente processual, que não se encontra associada a princípios de ordem material, aplicáveis aos militares, tais como hierarquia e disciplina, mas de garantia de índole constitucional aplicável aos acusados em geral, é de se esperar que o Supremo Tribunal Federal mantenha a linha que vem adotando, no sentido de privilegiar o direito de defesa, concedendo a máxima efetividade às normas e princípios constitucionais, bem como aos tratados internacionais firmados pela República Federativa do Brasil.



### Notas

1 Após as alterações promovidas pela lei 11.719/08, a expressão “resposta à acusação” parece-me a terminologia mais consentânea ao ordenamento processual penal, ressalvadas as hipóteses de verdadeira “defesa preliminar” previstas no art. 514 do CPP (crimes praticados por funcionários públicos), art. 4º da lei 8.038/90 (sobre os processos nos tribunais) e 55 da Lei 11.343/06 (drogas ilícitas), lembrando quanto à última hipótese que embora a lei fale em defesa prévia, trata-se de verdadeira defesa preliminar, visto que o juízo acerca do recebimento, ou não, da denúncia lhe é posterior e essa é a marca característica da verdadeira defesa preliminar, o que a diferencia da antiga defesa prévia e da atual resposta à acusação do art. 396-A do CPP.

2 “Inicialmente, aduziu-se que, em face do advento da Lei 10.792/2003, o interrogatório passou a constituir um ato de defesa, além de se qualificar como meio de prova. Assim, salientando essa nova diretriz legislativa, asseverou-se que a falta do defensor ao ato de interrogatório do acusado pode representar situação de grave desrespeito ao seu direito de defesa, de modo a ensejar eventual nulidade do procedimento penal.” (RHC 89892/PR, rel. Min. Celso de Mello, 6.3.2007)

3 “AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA. - Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete, ao réu, demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério Público, comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes. - Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (“essentia delicti”) que compõem o tipo penal, sob pena de se devolver, ilegitimamente, ao réu, o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente. - Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haveria culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita.” (HC 84.580/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

4 “Art. 111. O silêncio importa anuência, quando as circunstâncias ou os usos o autorizarem, e não for necessária a declaração de vontade expressa.”

5 “Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

IV - estar provado que o réu não concorreu para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

V - não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VI - existirem circunstâncias que excluam o crime ou isentem o réu de pena (arts. 20, 21, 22, 23, 26 e § 1º do art. 28, todos do Código Penal), ou mesmo se houver fundada dúvida sobre sua existência; (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)

VII - não existir prova suficiente para a condenação. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)”

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

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

b) não constituir o fato infração penal;

c) não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal;

d) existir circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade ou imputabilidade do agente (arts. 38, 39, 42, 48 e 52 do Código Penal Militar);

e) não existir prova suficiente para a condenação;

f) estar extinta a punibilidade.”

7 A Constituição Federal, nos seus arts. 5º, LVI e 93, IX, exige a fundamentação de todas as decisões do Poder Judiciário, mas veda que nessa fundamentação se utilizem provas ilícitas, obtidas por meios ilícitos, ou delas derivadas.

8 “Segundo o relator do HC, ministro Celso de Mello, o réu tem o direito de escolher o seu próprio advogado. Por isso, quando o advogado constituído não assume ou não prossegue no patrocínio da causa, cabe ao juiz ordenar a intimação do réu para que, querendo, escolha outro advogado. Antes dessa intimação ou enquanto não expirar o seu prazo, não é lícito magistrado nomear defensor dativo sem expressa aquiescência do réu. “Em tema de restrição à esfera jurídica de qualquer cidadão (e, com maior razão, em matéria de privação da liberdade individual), o Estado não pode exercer a sua autoridade de maneira abusiva ou arbitrária, desconsiderando, no exercício de sua atividade, o postulada constitucional da plenitude de defesa, pois o reconhecimento da legitimidade ético-jurídica de qualquer medida imposta pelo Poder Público – de que resultem consequências gravosas no plano dos direitos e garantias individuais – exige a fiel observância da garantia básica do devido processo legal”, afirmou o relator. Celso de Mello invalidou o procedimento penal desde o oferecimento das contrarrazões inclusive.” Habeas Corpus (HC 92091)

9 “Artigo 8º - Garantias judiciais

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

.....  
d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

.....  
g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada;”

10 “Três processos foram apreciados em conjunto: o Habeas Corpus (HC) nº 87.585 e os Recursos Extraordinários (RE) nº 466.343 e 349.703. Esse último, arrastava-se há seis anos na Corte.

O posicionamento do STF baseou-se na tese de que os tratados internacionais sobre direitos humanos ratificados pelo Brasil - como a Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), que proíbe a prisão por dívida, salvo a de pensão alimentícia - são “supralegais”, hierarquicamente superiores às normas infraconstitucionais (que não estão previstas na CF). A atribuição de força constitucional aos tratados, contudo, não foi aprovada pela maioria dos ministros. E essa foi a grande discussão no julgamento: que status conferir aos tratados sobre direitos humanos ratificados antes das alterações trazidas pela Emenda Constitucional (EC) nº 45, de 2004 (o Pacto da Costa Rica é de 1969). Isso porque a EC acrescentou o parágrafo 3º ao artigo 5º da CF e, desde então, os tratados sobre direitos humanos terão status constitucional desde que passem pelo processo de aprovação, no Congresso, das emendas cone, se presente à instrução criminal ou prêso, antes de ouvidas as testemunhas.”

11 Art. 302. O acusado será qualificado e interrogado num só ato, no lugar, dia e hora designados pelo juiz, após o recebimento da denúncia;

12 A Constituição traz expressamente, no seu art. 5º, a presunção de não culpabilidade, ou de inocência (inciso LVII), o princípio da ampla defesa (inciso LV), a vedação do uso de provas ilícitas ou obtida por meios ilícitos (inciso LXIII), no art. 93, IX, a exigência de fundamentação das decisões judiciais, mas não revela a existência de nenhum “Princípio da verdade real”. Assim, é preciso ter cuidado para que um pseudo-princípio preconizado por alguns setores da doutrina e da jurisprudência não implique em recusa a princípios expressos da Constituição Federal.

13 Os julgamentos no âmbito da Justiça Militar da União são realizados por colegiados compostos por um juiz civil e quatro militares. São os Conselhos de Justiça. O juiz civil, investido mediante concurso público, goza das garantias da inamovibilidade e vitaliciedade, que lhes confere a necessária imparcialidade e o destemor para o desempenho da atividade de julgar, ainda que contrariamente aos interesses das organizações militares, além do necessário conhecimento jurídico para decidir as causas que lhe são submetidas. Aos juízes militares não é exigida formação jurídica, nem tampouco fundamentação de seus votos, não gozando de quaisquer das garantias de que gozam os membros do Poder Judiciário por força da Constituição e da LC 35/79 (Lei Orgânica da Magistratura Nacional). Enfim, são leigos exercendo jurisdição penal, decidindo inclusive sobre matéria de direito, sem garantias de imparcialidade e pior, julgando muitas vezes crimes praticados contra a Organização Militar a que pertencem, o que expõe a olhos nus a falta de imparcialidade que compromete sua atuação nos conselhos de justiça.

14 A LC 80/94, no seu art. 4º, § 7º, dispõe:

“Aos membros da Defensoria Pública é garantido sentar-se no mesmo plano do Ministério Público”

No âmbito da Justiça Federal a disposição é simplesmente ignorada, quebrando-se a isonomia entre acusação e defesa, desrespeitando-se a prerrogativa do Defensor Público.

Nesse sentido, é preciso que se registre o fato, a Justiça Militar da União é exemplar, por garantir igual tratamento à acusadores e defensores, sejam estes Defensores Públicos, ou advogados particulares.

15 PROJETO DE LEI Nº 4.207, DE 2001

16 “O parecer não pode omitir que este importante e abrangente projeto é fruto de longo e exaustivo debate entre os juristas especialistas em processo penal. Elaborado pela Comissão constituída dos professores Ada Pellegrini Grinover, que a presidiu, Petrónio Calmon Filho, Antônio Magalhães Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Júnior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci e Sidney Beneti, o projeto é constitucional, jurídico e redigido segundo a boa técnica legislativa. Quanto ao mérito é justo destacar o acerto das modificações propostas, o que recomenda sua inteira aceitação. Por estas razões o parecer é no sentido da aprovação.

Sala das Reuniões, 02 de janeiro de 2002.

Deputado IBRAHIM ABI-ACKEL”( PRL-1 CCJR)

17 “o réu, sujeito de defesa, não tem obrigação nem dever de fornecer elementos de prova que o prejudiquem. Pode calar-se ou até mentir. Ainda que se quisesse ver no interrogatório um meio de prova, só o seria em sentido meramente eventual, em face da faculdade dada ao acusado de não responder. A autoridade judiciária não pode dispor do réu como meio de prova, diversamente do que ocorre com as testemunhas; deve respeitar sua liberdade, no sentido de defender-se como entender melhor, falando ou calando-se, e ainda advertindo-o da existência da faculdade de não responder” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Interrogatório do réu e direito ao silêncio. Ciência Penal, São Paulo, v. 3, n. 1, p. 29, 1976)

18 “Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

- direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;
  - comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;
  - concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;
  - direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;
  - direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;
  - direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no Tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;
  - direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e
  - direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.
3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.
4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.
5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça.”

19 LEI 8.457/92, que Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares, dispõe no seu Art. 16: “São duas as espécies de Conselhos de Justiça:

- Conselho Especial de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor e quatro Juízes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade;
- Conselho Permanente de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior, que será o presidente, e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão.”

20 “Art. 95. Os juízes gozam das seguintes garantias:

I - vitaliciedade, que, no primeiro grau, só será adquirida após dois anos de exercício, dependendo a perda do cargo, nesse período, de deliberação do tribunal a que o juiz estiver vinculado, e, nos demais casos, de sentença judicial transitada em julgado;

II - inamovibilidade, salvo por motivo de interesse público, na forma do art. 93, VIII;”

21 “Artigo 8º - Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou Tribunal competente, independente e imparcial...”

22 Esse, aliás, parece ser um dos receios dos operadores do processo penal militar, qual seja, aceitar a aplicabilidade dos institutos do CPP e admitir que a disciplina autônoma do CPPM sucumbiu, em parte, diante do novo ordenamento constitucional e dos tratados internacionais firmados pelo Brasil. Porém, enganam-se os que assim pensam, permissa venia, visto que a aplicação de institutos do CPP ao processo penal castrense somente se justificará enquanto não for promovida a devida atualização do CPPM e apenas pontualmente, naquilo que a norma especial contrariar as normas e os princípios superiores do Sistema Acusatório.

23 Art. 125, § 4º, da Constituição Federal

## ANÁLISE DA SIGNIFICAÇÃO DOS TERMOS “FORÇAS AUXILIARES” E “RESERVA”, CONSTANTES NO ARTIGO 144, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Jorge Cesar de Assis, Ângela Saideles Genro e Renata Ribas



Jorge Cesar de Assis é Promotor da Justiça Militar, Ângela Saideles Genro e Renata Ribas são Acadêmicas de Direito, estagiárias do Ministério Público Militar, todos lotados na Procuradoria da Justiça Militar em Santa Maria – RS.

**RESUMO:** O art. 144, da Constituição Federal de 1988, define as polícias militares e os corpos de bombeiros militares como “forças auxiliares” e “reserva” do Exército. Impende analisar, entretanto, o âmbito de alcance de tais expressões. Para tanto, é cabível, inicialmente, proceder-se a um exame sobre a evolução histórica dos mencionados termos, bem como da função ocupada por tais instituições, com fulcro no compêndio legislativo brasileiro. A partir de tal análise, faz-se necessário verificar qual a efetiva definição atual de tais termos em relação às polícias militares e corpos de bombeiros e suas consequências em concreto.

**PALAVRAS-CHAVE:** Abrangência - Forças Auxiliares - Reserva - Exército - Constituição Federal.

**ABSTRACT:** Article 144 of 1988 Constitution of the Federative Republic of Brazil sets the military police and the fire brigade as “auxiliary armed forces” and “army reserves”. However, it is important to analyze the meaning of these legal terms. So, it is necessary to perform an evolutionary and historical analysis of those legal terms as well as of the functions of those state institutions, based on Brazilian legal system. From this analysis, it is necessary to verify the current definition of those legal terms applied to military police and fire brigade and their factual consequences.

**KEYWORDS:** Meaning - Auxiliary Armed Forces - Reserve - Army - Federal Constitution.



## 1. INTRODUÇÃO AO TEMA

A Constituição Federal de 1988 traz em seu artigo 144, a definição de polícias militares e corpos de bombeiros militares como forças auxiliares e reserva do Exército. Em tal aspecto, mostra-se oportuno realizar uma análise a respeito do significado aplicado a tais termos, bem como da evolução na legislação brasileira nesse sentido. Assim, o texto legal da norma vigente dispõe:

Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: I - polícia federal; II - polícia rodoviária federal; III - polícia ferroviária federal; IV - polícias civis; V - polícias militares e corpos de bombeiros militares. (...)  
§ 6º As polícias militares e os corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Em uma primeira análise, cabe fazer referência ao significado atribuído a tais termos na língua portuguesa. De acordo com os conceitos trazidos pelo Dicionário Aurélio, tem-se as seguintes definições para as palavras ora em destaque:

Auxiliar (ss). [Do lat. auxiliare] Adj. 2 g. 1. Que auxilia; auxiliador; auxiliário. 2. Pessoa que auxilia; auxiliador, assistente, ajudante.

Reserva [De reservar] S. f. 1. Ato ou efeito de reservar (-se); reservação. 2. Aquilo que se reserva ou guarda para as circunstâncias imprevistas. 3. Os cidadãos que cumpriram os requisitos legais do serviço militar e/ou que dele foram dispensados, mantendo-se, porém, sujeitos a incorporar-se às fileiras, caso o exijam as circunstâncias. 4. Tropa disponível para servir de reforço durante o combate. 5. A árvore ainda em crescimento, que não se abate durante o desmatamento. 6. Parque florestal administrado pelo Estado, e que se destina a assegurar a conservação das espécies animais e vegetais; reserva natural. 7. A quantidade de minério, de carvão, de petróleo, etc., disponível numa jazida, numa região, num país, etc. 8. Ato de garantir com antecipação lugar para assistir a um espetáculo, acomodação para viajar em transporte coletivo, quarto para se hospedar em hotel, etc. 9. Ant. Parte do feudo explorada diretamente pelo senhor, em geral por meio de corvéias. 10. Fig. Retraimento, recato, circunspeção. 11. Fig. Exceção, restrição, ressalva. 12. Fin. Parte dos lucros obtidos por uma sociedade não distribuídos como dividendos, nem incorporados ao capital. 13. Bras., N. Lugar cercado, com pastagem e água abundantes para o gado; reservo. 14. Bras. No futebol e noutros esportes em que atuam equipe, atleta que substitui o efetivo em caso de necessidade; suplente, banco.

Os termos “auxiliares” e “reserva”, portanto, induzem a um caráter de subsidiariedade das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares, **pressupondo no aspecto estritamente militar**, a ideia da existência de uma força tida como principal, no caso, o Exército Brasileiro.

## 2. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO TERMO

A terminologia referente à mencionada reserva do Exército passou a ser expressamente prevista, no âmbito constitucional, a partir do advento da Constituição da República de 1934<sup>1</sup>. Em tal diploma normativo, a supracitada referência encontrava-se sob a égide do Título VI, intitulado “Da Segurança Nacional”, restando a previsão contemplada em seu artigo 167, o qual prelecionava que:

Art. 167. As polícias militares são consideradas reservas do Exército e gozarão das mesmas vantagens a este atribuídas, quando mobilizadas ou a serviço da União.

Na Constituição brasileira decretada em 10 de novembro de 1937, por sua vez, não se vislumbra qualquer dispositivo que mencione os termos ora em comento, no que tange às Polícias Militares<sup>2</sup>. Entretanto, cabe consignar a existência de lei, editada em 17 de janeiro de 1936, a qual possuía por finalidade a reorganização, pelos Estados e pela União, das Polícias Militares, sendo estas consideradas como reservas do Exército. Nesse sentido, assim, os ditames do artigo 1º, da Lei nº 192 de 1936, cujo conteúdo é a seguir transcrito:

Art. 1º As Polícias Militares serão reorganizadas pelos Estados e pela União, na conformidade desta Lei, e são consideradas reservas do Exército, nos termos do art. 167 da Constituição Federal.

Seu artigo 2º estabelecia a competência das Polícias Militares, quais sejam: a) exercer as funções de vigilância e garantia da ordem pública, de acordo com a lei vigente; b) garantir o cumprimento da lei, a segurança das instituições e o exercício dos poderes constituídos (as duas primeiras funções de segurança pública, de natureza policial, civil) e; c) atender à convocação do Governo Federal em casos de guerra externa ou grave comoção intestina, segundo a Lei de Mobilização (função de defesa da Pátria, de natureza estritamente militar).

Com a promulgação da Constituição Federal de 1946, houve a implementação de dispositivo legal em que constava, de forma expressa, o emprego dos dois termos ora em análise, “forças auxiliares” e “reserva”, concernentes à instituição da Polícia Militar. Tal previsão constava do que definia o artigo 183 do mencionado diploma jurídico, o qual se achava incorporado ao Título VII da carta constitucional em questão, sob o título “Das Forças Armadas”. Nesses termos, verifica-se a seguinte redação conferida à norma tela:

Art. 183. As polícias militares, instituídas para a segurança e a manutenção da ordem nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, são consideradas, como forças auxiliares, reservas do Exército.

Ainda, os vocábulos em questão foram igualmente previstos, no que se refere às polícias militares, pela Carta Magna de 14 de janeiro de 1967. O diploma legal trazia em seu texto dispositivo orientado no mesmo sentido anteriormente adotado pelas constituições anteriores. Entretanto, a referida norma encontrava-se localizada no Capítulo III do compêndio legislativo em análise, no Título “Da Competência dos Estados e Municípios”. O artigo em comento prelecionava de tal forma:

Art. 13. Os Estados se organizam e se regem pelas Constituições e pelas leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes:

I – os mencionados no art. 10, nº VII;

II – a forma de investidura nos cargos eletivos;

III – o processo legislativo;

IV – a elaboração orçamentária e a fiscalização orçamentária e financeira, inclusive a aplicação dos recursos recebidos da União e atribuídos aos Municípios;

V – as normas relativas aos funcionários públicos;

VI – proibição de pagar a deputados estaduais mais de dois terços aos subsídios atribuídos aos deputados federais;

VII – a emissão de títulos da dívida pública fora dos limites estabelecidos por lei federal.

(...)

§ 4º As polícias militares, instituídas para a manutenção da ordem e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, e os corpos de bombeiros militares são considerados forças auxiliares, reserva do Exército.

Cabe consignar, nesse sentido, a alteração superveniente da supracitada norma, por meio do Ato Complementar nº 40, de 30 de dezembro de 1968, que conferiu nova redação ao seu § 4º, o qual passou a dispor:

§ 4º As polícias militares, instituídas para a manutenção da ordem e segurança interna nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, e os corpos de bombeiros militares são considerados forças auxiliares, reserva do Exército, não podendo os respectivos integrantes perceber retribuição superior à fixada para o correspondente posto ou graduação do Exército, absorvidas, por ocasião dos futuros aumentos, as diferenças a mais, acaso existentes.<sup>3</sup>

Por sua vez, na Constituição Federal de 1969, a questão restou tratada no Capítulo III, denominado “Dos Estados e Municípios”, localizado no Título I - “Da organização Nacional”, sendo o texto disposto da seguinte forma:

Art. 13. Os Estados organizar-se-ão e reger-se-ão pelas Constituições e leis que adotarem, respeitados, dentre outros princípios estabelecidos nesta Constituição, os seguintes:

I – os mencionados no item VII do artigo 10;

II – a forma de investidura nos cargos eletivos;

III – o processo legislativo;

IV – a elaboração do orçamento, bem como a fiscalização orçamentária e a financeira, inclusive a da aplicação dos recursos recebidos da União e atribuídos aos municípios;

V – as normas relativas aos funcionários públicos, inclusive a aplicação, aos servidores estaduais e municipais, dos limites máximo de remuneração estabelecidos em lei federal;

VI – proibição de pagar a deputados estaduais mais de oito sessões extraordinárias;

(...)

§ 4º As polícias militares, instituídas para a manutenção da ordem pública nos Estados, nos Territórios e no Distrito Federal, e os corpos de bombeiros militares são considerados forças auxiliares, reserva do Exército, não podendo seus postos ou graduações ter remuneração superior à fixada para os postos e graduações correspondentes no Exército.

A Constituição Federal de 1988 manteve a essência da definição trazida pelas anteriores, no que tange às polícias militares e aos corpos de bombeiros, não mais se referindo à questão salarial. Nesse aspecto, no entanto, deve-se ressaltar a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 18/1998, a qual alterou o título da seção sob o qual estavam previstas as mencionadas instituições, modificando a expressão “Dos Servidores Públicos Militares” para “Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”, excluindo de sua abrangência a previsão concernente às Forças Armadas. Os dispositivos referentes a esta passaram, por meio da emenda em questão, a serem previstos no artigo 142, da Constituição Federal de 1988, que se encontra no título “Das Forças Armadas”.

Desse modo, as previsões constitucionais referentes à organização e regime sob os quais estão submetidas as polícias militares e corpos de bombeiros encontram-se atualmente, previstas no Capítulo VII (intitulado “Da Administração Pública”, o qual antes do advento da citada emenda subdividia-se em “Dos Servidores Públicos Civis” e “Dos Servidores Públicos Militares”), na Seção III, denominada “Dos Militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios”, como antes referido. Verifica-se, nessa senda, que as alterações realizadas por meio da Emenda Constitucional nº 20, de 1998, pareceram ressaltar uma diferenciação entre as polícias militares e corpos de bombeiros, em relação às Forças Armadas, ao promover uma segregação entre os dispositivos constitucionais que se referem a ambas.

A Carta Política de 1988, ainda no que tange aos militares estaduais, prevê no § 6º, do artigo 144, a subordinação das polícias militares e corpos de bombeiros militares aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios, definindo-as, como nos diplomas constitucionais anteriores, como forças auxiliares e reserva do Exército. Tal dispositivo localiza-se no Título V (“Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas”), Capítulo III (intitulado “Da Segurança Pública”).

O mesmo título abrange capítulo concernente às Forças Armadas (Capítulo II - “Das Forças Armadas”), o que salienta a diferenciação realizada pelo constituinte, ao buscar segregar as normas referentes aos militares estaduais dos militares federais.

Portanto a posição topográfica das expressões “forças auxiliares” e “reserva”, sob a ótica constitucional estiveram em 1934 e 1946, tratadas no mesmo espaço destinado às Forças Armadas. Em 1967 e 1969, houve uma mudança considerável em que a questão passou a ser tratada juntamente com a competência dos Estados e Municípios. A Constituição Cidadã, por sua vez, colocou tais expressões no Capítulo destinado à Segurança Pública.

### 3.LIMITES, ABRANGÊNCIA E OPORTUNIDADE DE APLICAÇÃO DA CONDIÇÃO DE FORÇA AUXILIAR E RESERVA DO EXÉRCITO

Cumprido consignar que não se pretende, obviamente, por meio do presente estudo, fixar os limites, abrangência e oportunidade da aplicação da condição de forças auxiliares e reserva do Exército das polícias e corpos de bombeiros militares. A realização de definições em tal sentido seria demasiado pretensiosa, entendendo-se que outros poderão fazê-lo com mais propriedade. Destarte, almeja-se tão somente, por meio da análise em comento, conclamar os estudiosos do assunto para as questões presentemente ventiladas.

É forçoso concluir que uma devida análise dos termos a que se visa esclarecer partirá, obrigatoriamente, da Constituição Federal e da legislação infraconstitucional vigente. Nessa senda, mostra-se oportuno no momento deixar de lado a vetusta Lei nº 192 de 1936, voltando-se as atenções para o Decreto Lei nº 667, de 02.07.1969<sup>4</sup>, o qual não se pode olvidar que “surgiu no cenário jurídico em um período de exceção, sob a égide de uma outra constituição e em momento em que o Poder Executivo legislava. Surgiu, pois, sob a disciplina do Ato Institucional 5 (AI-5), por todos nós conhecidos”<sup>5</sup>.

O Decreto Lei 667, de 1969, sob o enfoque da teoria da recepção, deve ser concebido como recepcionado pela Constituição Federal de 1988, com força de lei ordinária, somente no que concerne às matérias expressamente transcritas no inciso XXI, do art. 22, da nossa Carta Magna. Ou seja, se a Constituição dispõe que compete a União, privativamente, legislar sobre “normas gerais de organização, efetivos, material bélico, garantias, convocação e mobilização das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares”, não nos parece difícil visualizar que as previsões afetas à instrução, ensino, justiça e disciplina, que estavam previstas no art. 8º, inc. XVII, “v”, da Constituição de 1969, irradiando-se posteriormente para o Decreto-lei 667 e seu regulamento<sup>6</sup>, não são mais aplicáveis atualmente, em face da manutenção do pacto federativo.

Ou seja, a União somente está autorizada a disciplinar, para as instituições militares dos Estados e do Distrito Federal, as matérias enumeradas no rol do inciso XXI, do art. 22, da CF/88, sob pena de haver inconstitucionalidade material. Em razão disto, a conclusão que se impõe é que a aplicação dos termos “forças auxiliares” e “reserva”, constantes do § 6º, do art. 144, da Constituição Brasileira, somente terão lugar quando a instituição militar estadual ou do Distrito Federal estiver devidamente mobilizada, total ou parcialmente. Tal situação, no entanto, somente ocorrerá nos casos de comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fato que comprove a ineficácia de medida tomada durante estado de defesa ou, ainda, declaração de estado de guerra ou resposta à agressão armada estrangeira.<sup>7</sup>

Por conseguinte, tem-se que para o desempenho das atividades constitucionais específicas das polícias militares e corpos de bombeiros militares – previstas no art. 144, § 5º da CF/88<sup>8</sup>, as instituições estaduais e distritais não agem na condição de auxiliar e reserva do exército. Nesse sentido, as referidas instituições aparecem como os principais instrumentos da preservação da ordem pública, bem como das atividades concernentes à defesa civil, sem nenhuma parcela de subsidiariedade.<sup>9</sup>

### 4.CONCLUSÃO

À luz da Constituição Federal vigente – e da legislação infraconstitucional devidamente recepcionada por ela – a conclusão que se impõe, ressalvados os entendimentos contrários e de todo respeitados, é o de que as polícias militares e os corpos de bombeiros militares somente serão empregados como forças auxiliares e reserva do Exército Brasileiro em missões de natureza estritamente militares, que imponham a necessidade de mobilização e convocação das instituições militares estaduais e do Distrito Federal, e que autorizam o estado de sítio (CF/88, art. 137, incisos I e II).<sup>10</sup>

Já em relação à ampla, nobre e difícil missão de preservação da ordem pública<sup>11</sup> e da incolumidade das pessoas, o que fazem através do exercício da polícia ostensiva e das atividades de defesa civil, as polícias e os corpos de bombeiros militares são os titulares de suas atividades, exercendo-as de acordo com a Constituição, as leis vigentes e as particularidades de cada Unidade da Federação. Portanto, nesse aspecto relacionado a segurança pública, as polícias e os corpos de bombeiros militares não são forças auxiliares nem reserva de ninguém.



### Notas

1 A história das Polícias Militares confunde-se com a história dos Estados a que pertencem. São instituições híbridas, possuindo, de um lado uma estrutura militar com base na hierarquia e disciplina e, de outro uma atividade policial, de natureza civil, destinadas ao exercício da polícia ostensiva e à preservação da ordem pública.

2 Inicialmente, os corpos de bombeiros militares eram Unidades das Polícias Militares, delas fazendo parte. Posteriormente, os Corpos de Bombeiros Militares passaram a se tornar independentes. Atualmente, somente nos Estados de São Paulo, Rio Grande do Sul, Paraná e Bahia, os Bombeiros Militares fazem parte da Polícia Militar.

3 Após o advento da Carta Magna de 1988 e, a respeito da discriminação salarial foi registrado em ASSIS, Jorge Cesar de. Justiça Militar Estadual. Curitiba: Juruá, 1992, p. 48: “Extingue-se, da mesma forma, outra odiosa discriminação, que constava no § 4º do art. 13 da Carta de 1969, que era a proibição de que os integrantes das polícias militares e dos corpos de bombeiros militares pudessem ter remuneração superior à fixada para os postos de graduação do Exército, que, em muitos Estados, por interesses indecifráveis, passou a ser entendido como obrigação de “ganhar bem menos”, eis que impunha-se aos milicianos uma capitis diminutio profissional, injusta, face aos grandes serviços prestados aos Estados e à Pátria”.

4 Reorganiza as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares, dos Territórios e do Distrito Federal, e dá outras providências.

5 ASSIS, Jorge Cesar de; NEVES, Cícero Robson Coimbra; CUNHA, Fernando Luiz. Lições de Direito para a Atividade das Polícias Militares e das Forças Armadas, 6ª edição, Revista, ampliada e atualizada. Curitiba: Juruá, 2005, p. 37.

6 Decreto nº 88.777, de 30.09.1983 (R-200), regulamento para as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares

7 CF, art. 137 – que dispõe sobre o Estado de sítio

8 CF, art. 144, § 5º. As polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública; aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei, incumbe a execução de atividades de defesa civil.

9 Nesse aspecto, cumpre lembrar a atuação da Inspeção-Geral das Polícias Militares, criada pelo Decreto-lei 317, de 13 de março de 1967. Atualmente, integra o Comando de Operações Terrestre do Exército Brasileiro e “com a criação da 3ª Subchefia, por meio da Port. Nr 160-EME-Res, de 22 Ago 05, a IGPM passou a ser uma Seção da mesma, mantendo a sua estrutura com 2 (duas) Subseções: a 1ª desenvolvendo atividades de acompanhamento e controle da organização, dos efetivos, da legislação e das atividades das PM/CBM no exterior; a 2ª, acompanhando a administração de material bélico e a mobilização daquelas corporações, de acordo com o preconizado pela Constituição Federal/88” (disponível em <http://www.coter.eb.mil.br/html/3sch/IGPM/site%20IGPM/web%20site/html/Historico.htm> Acesso em: 07.06.2011)

10 A história brasileira irá revelar uma participação marcante das polícias militares nas nossas revoluções internas, v.g., para ficar somente no século XX: a de 1924, 1930 e 1964.

11 CF, art. 144, referente ao capítulo III, intitulado: “Da segurança Pública”.

MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR CONDECORA  
DESEMBARGADORA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA  
4ª REGIÃO

Aconteceu, em 17 de fevereiro de 2011, nas dependências da Procuradoria da Justiça Militar em Porto Alegre, a entrega da Comenda da Ordem do Mérito do Ministério Público Militar - grau Alta Distinção - para a Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, do Tribunal Regional Federal da 4a. Região.

A entrega da Comenda foi feita pela Procuradora-Geral da Justiça Militar, Claudia Marcia Ramalho Moreira Luz, em solenidade que contou com a presença de várias autoridades e convidados.

Na oportunidade, os autores do livro Legitimidade do Ministério Público Militar para a Interposição de Ação Civil Pública - promotores Jorge Cesar de Assis e Soel Arpini e advogada Dalila Maria Zanchet - aproveitaram para posar em foto especial com a agraciada, que é a prefaçadora da obra.



2. COMITIVA PEDE A INCLUSÃO DO DIREITO MILITAR NO EXAME DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL

O presidente nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, Ophir Cavalcante, recebeu em data de 1º de junho de 2011 em seu gabinete uma comitiva de juristas especializados em Direito Militar que pleiteou à entidade a inclusão de questões relativas a essa matéria nas provas do Exame de Ordem, aplicado pela OAB aos bacharéis que pretendem exercer a advocacia. Na ocasião, a comitiva - tendo à frente os presidentes das Comissões de Direito Constitucional e de Direito Militar da OAB de São Paulo, respectivamente, Dircêo Torrecillas Ramos e Evandro Fabiani Capano -, entregou a Ophir um exemplar do livro "Direito Militar - Doutrina e Aplicações", além de uma carta do presidente da OAB-SP, Luiz Flávio Borges D'Urso, reforçando a solicitação de inclusão do Direito Militar como tema do Exame de Ordem e das grades curriculares das faculdades de Direito. Participou também da comissão a ministra do Superior Tribunal Militar (STM), Maria Elizabeth Teixeira Rocha, que apóia o pleito.

O presidente nacional da OAB declarou sua simpatia diante do pedido apresentado pelos advogados e professores de Direito Militar, informando que encaminhará a questão à análise das Comissões de Exame de Ordem e de Ensino Jurídico do Conselho Federal da OAB. Ophir salientou ainda que a entidade é sensível à importância do Direito Militar, matéria que ficou "estigmatizada" pela ditadura militar e cujo ensino é hoje optativo nas faculdades. O consenso na reunião foi de que as faculdades passarão a contemplar essa disciplina em suas grades, caso ela seja incluída entre as questões do Exame de Ordem.

Também oficiaram ao Presidente da OAB no mesmo sentido o Presidente da Associação Nacional do Ministério Público Militar - ANMPM, Marcelo Weitzel Rabello de Souza e o Representante do Ministério Público Militar no Conselho de Administração da Escola Superior do Ministério Público da União Osmar Machado Fernandes.



LANÇAMENTO DA OBRA DO SÉCULO  
EM DIREITO MILITAR

Nos meses de maio e junho deste ano ocorreu o lançamento do livro DIREITO MILITAR – DOCTRINA E APLICAÇÕES, publicado pela Editora Elsevier.

Este livro aborda os principais ramos do Direito Militar ou Direito Castrense, possibilitando ao leitor, ao estudante e ao profissional do Direito encontrar um desenho que lhe permitirá, na maioria dos casos, ter uma visão panorâmica dessa disciplina jurídica. Para isso, foi dividido em seis partes: Direito Constitucional Militar, Direito Administrativo Disciplinar Militar, Direito Administrativo Militar, Direito Civil Militar, Direito Penal Militar e Direito Processual Penal Militar.

Ao lado das obras clássicas do Direito Militar na seara criminal de autores que ilustram esse ramo do Direito, este livro preenche um espaço importante na doutrina, além do aspecto penal, facilitando assim ao operador do Direito um vôo nessa planície especializada, contemplando a sua expressão e codificação.



Nenhum outro livro concorrente aborda o Direito Militar em seis diferentes áreas.

Reúne 56 coautores, consagrados nomes do Direito nacional, professores renomados, Ministros do Supremo Tribunal Federal, Ministros do Superior Tribunal Militar, Juízes dos Tribunais de Justiça Militar, Juízes-Audidores da Justiça Militar da União, Juízes de Direito da Justiça Militar estadual, Promotores de Justiça, da União e dos estados, Advogados, Oficiais das Forças Armadas e Oficiais das Polícias Militares.

São Coordenadores da obra:

Dircêo Torrecillas Ramos

Livre docente pela USP. Professor da Eaesp - Fundação Getulio Vargas. Mantenedor do Ceducan - Centro Educacional Cantareira;

Ronaldo João Roth

Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo. Membro da Academia Mineira de Direito Militar. Especialista em Direito Processual Penal pela FIG-Unimesp. Coordenador e Professor do Curso de Pós-Graduação em Direito Militar da EPD - Escola Paulista de Direito; e

Ilton Garcia da Costa

Professor do Mestrado e da Graduação da Universidade Estadual do Norte do Paraná - UENP. Coordenador do Curso de Direito das Faculdades Anchieta - SBC - Grupo Anhanguera Educacional. Doutor e Mestre em Direito pela PUC/SP. Membro da Comissão de Direito Constitucional da OAB-SP. Membro da Comissão de Direito e Liberdade Religiosa da OAB-SP. Ex-Membro da Comissão de Ensino Jurídico da OAB-SP. Ex-Membro do TED V Tribunal de Ética e Disciplina V da OAB-SP. Membro do IBDC - Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Membro do Instituto Jaques Maritain - Brasil. Advogado Militante. Matemático.

A Jus Militar é uma publicação semestral. Nossa próxima edição sairá em dezembro de 2011. Esperamos - caro leitor - suas sugestões. E porque não, artigos os representando como colaboradores deste periódico. Estamos abertos à sua participação no trabalho de propagação do nosso Direito Militar.

Até a próxima.



O Museu Suvorov, em São Petersburgo - Rússia - é um museu militar dedicado à memória do Generalíssimo Alexander Suvorov (1729 - 1800). Foi fundado em 1900 para comemorar o centenário da morte de Suvorov e inaugurado 4 anos depois, no 175º aniversário de Suvorov, com a presença do Imperador Nicholas II.

**CULTURAS MILITARES**