

# DO PROCESSO PENAL MILITAR

## UMA VISÃO CRÍTICA <sup>(1)</sup>

Osmar Machado Fernandes <sup>(2)</sup>

### 1. INTRODUÇÃO

Como é sabido, o Estado possui o monopólio da Administração da Justiça, tendo a Constituição Federal, estabelecido o princípio do devido processo legal, onde consta que “*ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal*”. (3)

O direito de punir, previsto genericamente como exclusividade do Estado, torna-se concreto quando é cometida uma infração, definida como crime na Lei Penal, surgindo uma pretensão punitiva, interposta pelo Ministério Público ou, em casos especiais, pelo próprio ofendido, e dirigida contra o infrator, que oferecerá resistência exercitando sua defesa.

Está formado então, o conflito, caracterizando a lide penal, que será solucionado pela atividade jurisdicional do Estado, exercida pelo órgão competente do poder judiciário que, através do processo penal, irá dizer se o direito de punir procede ou não.

O processo penal, é o instrumento utilizado pelo Estado para aplicação da pena a quem pratica ato definido como crime, podendo ser conceituado como “*o conjunto de princípios e normas que disciplinam a composição das lides penais, por meio da aplicação do direito penal objetivo*”. (4)

No atual panorama deste início do século XXI, em face das transformações sociais decorrentes da globalização, houve profunda modificação no agir dos infratores da norma penal, surgindo o chamado crime organizado, caracterizado pela utilização de um *modus operandi* intelectualizado, para a prática de delitos mais sofisticados, como lavagem de dinheiro, tráfico internacional de drogas, crimes financeiros e crimes coletivos, com a utilização, até mesmo, de ações terroristas.

Esse contexto levou a atual dogmática jurídica, buscar alternativas de combate a criminalidade contemporânea, como a adoção de legislação penal mais rigorosa, recorrendo aos tipos penais de perigo abstrato, hoje tão contestados e considerados inconstitucionais por alguns, e a normas penais em branco e até mesmo a responsabilidade penal da pessoa jurídica, nos crimes ambientais a contra o Sistema Financeiro Nacional.

Assim, o direito penal contemporâneo tornou-se mais agressivo, refletindo na forma de agir das atividades de persecução penal, tanto na fase administrativa como na judicial, ocasionando, em algumas situações desrespeito aos direitos humanos, como se viu, recentemente, nas prisões e condenações, sem o devido processo legal, ocorridas nos Estados Unidos da América em repressão aos suspeitos de terrorismo, especialmente no caso das pessoas recolhidas a prisão de Guantánamo.

No contexto internacional, tanto quanto a repressão penal, como ao resguardo dos direitos humanos, surgem novas propostas no campo da criminologia, sendo que da Noruega vem as idéias abolicionistas, que pregam a extinção do direito penal, que seria substituído por formas de controle social de caráter administrativo.

Em campo oposto, temos a teoria da Reação Social por um Direito Penal de Emergência, conhecido como Tolerância Zero, adotada em Nova York pela administração do Prefeito Rudolph Giuliani.

Na Espanha, está em franca vigência a teoria do Direito Penal Mínimo ou do Garantismo Penal, divulgada por Luigi Ferrajoli (5), que se preocupa não só com as normas de garantia social, como também, com as garantias e direitos dos acusados, no processo penal.

No Brasil, também se percebe os reflexos das transformações sociais decorrentes da globalização, que produziram profundas modificações no Direito Penal, a partir da década de 1990, adotando-se em alguns casos critérios da teoria da Reação Social, com a tutela de novos bens jurídicos, e agravamento de penas, através de edição das Leis (6) que definem os crimes Tributários, os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, contra as relações de consumo, contra o meio ambiente, contra o Sistema Previdenciário e, ainda, a Lei (7) que define as ações contra o chamado crime organizado, criando os novos institutos da delação premiada, da infiltração policial e do flagrante retardado.

Por outro lado, adotando alguns fundamentos da ideologia Garantista, foram editadas as leis que definem os crimes de menor potencial ofensivo, fazendo com que, nesses casos, o processo penal Clássico, baseado no litígio, cedesse lugar ao processo penal consensual, com o advento do Juizado Especial Criminal (Estadual e Federal) previstos na Lei nº 9.099/95 e 10.259/2001.

No âmbito do Direito Processual Penal Militar, não tem havido modificações significativas, pois a atual Lei processual foi editada em 1969, (Dec Lei nº1002), somente foi aperfeiçoada pela Lei nº 6.544/78, que adotou a Suspensão Condicional da Pena, no processo militar, estando atualmente em

trâmite um anteprojeto de Lei para revisão do Código atual. Isso se deve ao tipo de bens jurídicos serem diferenciados para garantir os princípios basilares das Forças Armada, o que fez ser esse ramo do Direito, mais conservador e mais rigoroso.

## **2. PERSECUÇÃO CRIMINAL**

A persecução criminal, no Direito Penal e Processual Militar, na fase indiciária é exercida pela Polícia Judiciária Militar, através do inquérito policial militar (IPM), de auto de prisão em flagrante (APF), ou de procedimento administrativo de investigação criminal (PDIC) realizado pelo Ministério Público Militar. Na fase judicial é exercida pelos órgãos judiciais competentes, que são os Conselhos de Justiça (Permanente e Especial), em primeira instância, e pelo Superior Tribunal Militar, na segunda instância, através do devido processo penal (ordinário e especial).

## **3 - O PROCESSO ORDINÁRIO**

A Lei Processual Castrense prevê o processo ordinário nos artigos 384 a 450 e os Processos Especiais de Deserção e Insubmissão nos arts. 451 a 464.

Esse processo, normalmente, se origina do Inquérito Policial Militar ou do Auto de Prisão em Flagrante Delito ou Procedimento de Diligência Investigatória Criminal e se inicia com o recebimento, pelo Juiz-Auditor, da denúncia ofertada pelo Ministério Público Militar, seguindo-se os atos processuais a saber:

- 1) citação e interrogatório do réu;
- 2) oitiva das testemunhas de acusação;
- 3) oitiva das testemunhas da defesa;
- 4) requerimento de diligência pelas partes;
- 5) alegações escritas;
- 6) despacho saneador;
- 7) alegações orais;
- 8) sessão de julgamento e sentença.

Existe certa semelhança com o Processo Penal Comum para os crimes apenados com reclusão, previsto na Justiça Comum (arts. 394-405 e 498-502, CPP), diferindo apenas por não haver a fase da defesa prévia e por existir a fase do debates ou alegações orais e pelo fato do órgão julgador ser colegiado, composto por um Juiz togado e quatro Juizes leigos, bem como, por pequenos detalhes quanto a número de testemunha (oito na Justiça Comum e seis na Justiça Militar) e prazos processuais.

#### **4 - O PROCESSO ESPECIAL**

O processo especial ou sumaríssimo é previsto para os crimes de Insubmissão (8) e Deserção (9) e obedece a seguinte forma procedimental:

- 1) recebimento da denúncia;
- 2) citação do acusado;
- 3) interrogatório e oitiva de testemunhas arroladas pelo MPM na mesma ocasião;

- 4) oitiva das testemunhas de defesa, debates orais e julgamento na mesma audiência.

O rito processual para os crimes de deserção e insubmissão apresenta alguma semelhança com o procedimento aplicado aos crimes apenados com detenção, previstos na Justiça Comum no art 539 do CPP, sendo que aqui não existe a defesa prévia e os prazos são mais exíguos.

#### **4.1 - CARACTERÍSTICAS DOS PROCESSOS DE DESERÇÃO E INSUBMISSÃO:**

- a) previsão do prazo de 60 dias para seu término, contados a partir da apresentação voluntária ou captura do acusado, sendo o mesmo posto em liberdade se houver retardamento do processo (artigo 453 CPPM);
- b) necessidade de ser considerado apto em inspeção de saúde e de ser reincluído no serviço militar o acusado como requisito para oferecimento da denúncia (art 457, par. 3º do CPPM);
- c) oferecimento da denúncia mesmo sem a captura ou apresentação voluntária quando o desertor for oficial, sendo que o processo fica suspenso enquanto o réu está ausente. (art 454, par. 2º e 3º, CPPM)
- d) diferentemente do desertor, o insubmisso, enquanto responde ao processo não ficará preso e sim em Menagem no quartel (art 464 CPPM);
- e) em caso de condenação o insubmisso será apenado com “Impedimento” que sujeita o condenado a permanecer no recinto do quartel, sem prejuízo do instrução militar (arts. 63 e 183 CPM),

enquanto a pena do desertor será a detenção convertida em prisão (arts. 59 e 187 do CPM);

f) não será aplicada a suspensão condicional de pena, em tempo de paz e em tempo de guerra, aos condenados por crime de insubmissão e deserção (art. 617, CPPM);

g) A prescrição do crime de insubmissão começa a correr no dia em que o insubmisso atinge a idade de 30 anos (art. 131, CPM).

h) Extinção da punibilidade pela prescrição, no delito de deserção, somente poderá ser declarada quando o desertor atingir a idade de 45 anos, se for praça, e sendo oficial a idade de 60 anos (art. 132, CPM).

## **5 - CASOS DE ADAPTAÇÃO DO CPPM À CONSTITUIÇÃO FEDERAL.**

O direito Penal e Processual Penal Militar também está se adaptando às transformações sociais contemporâneas, tendo a jurisprudência dos Juízos de 1ª instância e do Tribunal Superior Militar, procurado diminuir o rigor de alguns institutos previstos nas Leis penal e processual castrenses, para adequá-las a nossa atual Constituição.

Apenas a título de exemplo apresentamos a interpretação que nos parece mais acertada a alguns dispositivos legais, da Lei processual penal militar.

### **5.1 - DA LIBERDADE PROVISÓRIA**

Art 270 do CPPM: O indiciado ou acusado livrar-se-á solto no caso de infração a que não for cominada pena privativa de liberdade.

Parágrafo único. Poderá livrar-se solto:

a) no caso de infração culposa, salvo se compreendida entre as previstas no Livro I, Título I, da Parte Especial, do Código Penal Militar;

b) no caso de infração punida com pena de detenção não superior a dois anos, salvo as previstas nos artigos 157, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 173, 176, 177, 178, 187, 192, 235, 299 e 302, do Código Penal Militar.

Obs.: A concessão de liberdade provisória não deve ficar condicionada ao tempo e ao tipo de pena prevista ao delito, mas sim à presença dos requisitos que autorizam a manutenção de prisão preventiva previstos nos artigos 254 e 255 do CPPM.

## **5.2 - DO INTERROGATÓRIO DO ACUSADO**

*Art 303, CPPM: O interrogatório será feito, obrigatoriamente, pelo juiz, não sendo nele permitida a intervenção de qualquer outra pessoa.*

Obs.: Após a lei n° 10.792/2003, que estabeleceu o direito das partes formularem perguntas ao réu, essa prática passou a ser adotada na Justiça Militar.

*Art 406, CPPM: Durante o interrogatório o acusado ficará de pé, salvo se o seu estado de saúde não o permitir.*

Obs.: Em vista do princípio da Dignidade da Pessoa Humana (art 1º, III, CF), os juízes permitem, atualmente, que o réu seja interrogado sentado.



### **5.3 - DAS TESTEMUNHAS**

Testemunhas do Ministério Público:

- Até o número de seis (art 77, “h”, CPPM)

Testemunhas de Defesa:

- Até três por acusado (art 417, § 2º, CPPM)

Obs: A jurisprudência consagrou entendimento que o acusado pode arrolar até seis testemunhas, em atenção ao princípio da igualdade entre as partes.

### **5.4 - DA COISA JULGADA**

*Art 153, CPPM:*

*Se o juiz reconhecer que o feito sob seu julgamento já foi, quanto ao fato principal, definitivamente julgado por sentença irrecorrível, mandará arquivar a nova denúncia, declarando a razão por que o faz.*

Obs.: Nos processos por Lesão Corporal Culposa, decorrente do acidente de trânsito, em que já houve decisão com trânsito em julgado, no Juizado Especial Criminal (Lei 9.099/95), a jurisprudência do STJ entende que há coisa julgada formal e material. O STM tem entendido que a decisão de juiz incompetente não faz coisa julgada material.

Ao meu sentir, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça está consentâneo com o princípio da Segurança Jurídica, e impede que o acusado seja submetido a nova ação penal pelo mesmo fato.

### **5.5 - CONTAGEM DOS DIAS DE AUSÊNCIA**

*Art. 451, CPPM, com redação dada pela Lei número 8.236, de 20/09/1991.*

*§ 1º - A contagem dos dias de ausência, para efeito da lavratura do termo de deserção, iniciar-se-á à zero hora do dia seguinte àquele em que for verificada a falta injustificada do militar.*

Obs: Ao confeccionar a parte de ausência a autoridade deverá fazer constar a data da efetiva falta do militar, fazendo a contagem da ausência a partir da zero hora do dia seguinte, sendo este o termo inicial do prazo praça de oito dias, para consumir-se a Deserção.

## **5.6 - ESTADO DE NECESSIDADE COMO EXCLUDENTE DE CULPABILIDADE**

*Art 39, CPM: Não é igualmente culpado quem, para proteger direito próprio ou de pessoa a quem está ligado por estreitas relações de parentesco ou afeição, contra perigo certo e atual, que não provocou, nem podia de outro modo evitar, sacrifica direito alheio, ainda quando superior ao direito protegido, desde que não lhe era razoavelmente exigível conduta diversa.*

Obs.: Quanto ao estado de necessidade, o CPM adotou a teoria diferenciadora, diversamente do CPB, considerando-o como excludente de culpabilidade, mesmo quando o direito sacrificado é superior ao direito protegido.

## **6 – CONCLUSÃO**

Podemos dizer, com Zaffaroni (10), que o Direito Penal e Direito Processual Penal caracteriza uma forma de controle social punitivo, institucionalizado pela sociedade, com objetivo de limitar o âmbito da conduta individual.

O exercício desse controle social pelo Estado também tem um limite, que é representado pelo respeito aos direitos humanos, que devem ser levados em conta, em qualquer estudo que se faça do direito material e processual penal. Em nossa Constituição existem normas limitadoras à aplicação do Direito Penal, como a proibição de penas de morte e de caráter perpétuo, proibição de provas ilícitas, a criminalização da tortura, a inviolabilidade do domicílio e os princípios da dignidade da pessoa humana e da presunção da inocência (11).

Numa análise final, quanto a atual dogmática penal e processual, entendo que para a Constituição de uma sociedade plural e multiculturalista, é necessário que qualquer forma de controle social institucionalizado, deve preservar o sistema de direitos humanos, mas não pode renunciar a um mínimo de ordenamento jurídico penal, destinado a garantia social, a fim de reprimir as condutas ilícitas.

Enfim, há que se aplicar o Direito Penal e Processual Penal Castrense com ponderação, mas com firmeza, respeitando-se os direitos humanos, mas exercendo o direito de punir do Estado, quando necessário em defesa da ordem social e das instituições militares.

1 O presente artigo foi tema de palestra proferida no II Seminário de Direito Militar, realizado na Base Aérea de Santa Maria-RS, em 16 de junho de 2005.

2 Osmar Machado Fernandes é Procurador da Justiça Militar e Membro do Conselho Nacional do Ministério Público. Pós-graduando do Curso de Especialização em Direito Penal e Direito Processual Penal, da Universidade Luterana do Brasil – ULBRA, Campus de Santa Maria-RS.

3 CF, artigo 5º, LIV.

4 CAPEZ, Fernando. Curso de Processo Penal. Ed Saraiva, 2003, pág 01.

5 Ferrajoli, Luigi. Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal. Traduzido por Ana Paula Zomer, Fauzi Assan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flavio Gomes. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2002.

6 Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990; Lei nº 9.613, de 03 de março de 1998; Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990; Leis nº 8.212 e Lei nº 8.213, ambos de 24 de julho de 1990; Lei nº 9.605 de 12 de fevereiro de 1998.

7 Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995.

8 Artigo 183, CPM: Insubmissão: Deixar de apresentar-se o convocado à incorporação, dentro do prazo que foi marcado, ou, apresentando-se, ausentar-se antes do ato oficial de incorporação. Pena: impedimento de três meses a um ano.

9 Artigo 187 do CPM: Deserção: Ausentar-se o militar sem licença da unidade em que deve permanecer, por mais de 08 (oito) dias. Pena: detenção de seis meses a dois anos.

10 Zaffaroni, Eugênio Raúl. Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral, 5ª edição. Ed. Revista dos Tribunais, pág. 57 e seguintes.

11 CF, art 1º, art 5º, XI, XLIII, XLVI.