



Doutrina nacional em
debate:
O porte e uso de drogas
em quartéis.

Caros leitores,

Com imensa satisfação trazemos à lume o volume 2 da Revista Eletrônica JUS MILITARIS. Neste número, inauguramos uma seção de entrevistas e nosso entrevistado é o Dr. Getúlio Corrêa, magistrado da Justiça Militar do Estado de Santa Catarina, e atual Presidente da Associação Internacional das Justiças Militares e da Associação das Justiças Militares Estaduais.

A seção de doutrina estrangeira é enriquecida com artigo da lavra do Dr. Vitor Pereira Chaveiro Coelho, Consultor Jurídico do Ministério de Defesa Nacional de Portugal.

Já a doutrina nacional debate o crime de porte e uso de drogas nos quartéis. Neste debate o Dr. Aílton José da Silva - Promotor da Justiça Militar; o Dr. Alexandre Lobão Rocha - Defensor Público e o Coronel do Exército Paulo Cesar Leal analisam a questão sob a ótica do princípio da insignificância e do efeito que a conduta incriminada traz para as organizações militares.

Por fim, o Dr. Soel Arpini - Promotor da Justiça Militar, comenta a jurisprudência em destaque, no tocante aos limites da atividade processual do juiz-auditor corregedor da Justiça Militar da União.

A seção Jus Militaris em Revista traz a resenha de dois eventos significativos ocorridos no segundo semestre de 2010, a realização do Encontro Nacional das Justiças Militares e do Curso de Direito Disciplinar Militar ocorrido em Santa Maria-RS.

Com satisfação informamos que a Revista eletrônica Jus Militaris já conta com o ISSN - Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (International Standard Serial Number) - que é o identificador aceito internacionalmente para individualizar o título de uma publicação seriada, tornando-o único e definitivo. Seu uso é definido pela norma técnica internacional da International Standards Organization ISO 3297.

Jorge Cesar de Assis
Editor Responsável

Revista Eletrônica Jus Militaris
Criada em março 2010. ISSN 2177-9945

Editor Responsável: Jorge Cesar de Assis
Conselho Editorial: Henrique Guimarães Azevedo, Mauro Maggio Sturmer e Soel Arpini
Contato com o Conselho Editorial: revista@jusmilitaris.com.br
Diretora de Arte e Diagramação: Jannah de Assis
Capa: Gerhard_Taatgen Jr
www.jusmilitaris.com.br
Todos os direitos reservados®

ENTREVISTA:

DR. Getúlio Corrêa _____ PAG 3

DOCTRINA INTERNACIONAL:

Direito Administrativo Militar como ramos especial no Direito Administrativo _____ PAG 7

DOCTRINA NACIONAL: O PORTE E USO DE DROGAS EM QUARTÉIS

O Código Penal Militar e o Princípio da Insignificância _____ PAG 18

O problema do porte e do consumo de drogas e o direito militar:

Hierarquia e disciplina e o princípio da insignificância _____ PAG 22

Crime militar de porte e uso de drogas: os efeitos de tal conduta para a vida em caserna

_____ PAG 28

JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE:

Limites à atividade processual do Juiz-Corregedor na Justiça Militar da União _____ PAG 33

JUS MILITARIS EM REVISTA _____ PAG 35

SESSÃO DO LEITOR _____ PAG 37



Nosso entrevistado é o Dr. Getúlio Corrêa, Juiz de Direito da Justiça Militar de Santa Catarina. O Dr. Getúlio Corrêa é o Presidente da Associação Internacional das Justiças Militares – AIJM desde dezembro de 2003, tendo igualmente sido reconduzido à Presidência da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, em votação ocorrida no início deste ano.

JUS MILITARIS: V. Exa preside a Associação Internacional das Justiças Militares desde 2003. É possível referir-se, atualmente, à existência de um Direito Militar Internacional?

Dr. Getúlio Corrêa: Na verdade, o que existe ainda é um direito militar em cada país construído conforme ditam as normas e a cultura locais. Creio ser prematuro imaginar-se que já exista um direito militar internacional. Mesmo o Direito Penal comum tem dificuldades de compreensão neste nível, já que só após a criação de um Tribunal Penal Internacional em 2002, em Haia, atendendo determinação do art 3º do Estatuto de Roma e após a aceitação pelos países (não todos) dos diversos Pactos e Tratados internacionais é que se manifesta um embrião, especialmente na Europa, deste Direito. O que é conclusivo no que se relaciona ao Direito Militar é que alguns princípios são uniformes nos países que preservam a Justiça Militar: a manutenção da hierarquia e disciplina e a eficácia da Corporação Armada. Sem dúvida seria um dos objetivos da AIJM, mas reconheço que ainda temos muito que fazer para efetivamente pensar em um direito militar internacional.

JUS MILITARIS: Em termos de Direito Militar, qual a posição brasileira frente à comunidade internacional?

Dr. Getúlio Corrêa: Nossa estrutura é completamente diferenciada. Desconheço nos países que hoje integram a AIJM a presença de juízes ou promotores civis na primeira instância. Em relação ao direito positivo também somos uma exceção, pois são raros casos em que Justiças Militares julgam civis como a Justiça Militar Federal do Brasil. Por outro lado, todos reconhecem a originalidade da nossa estrutura, mas é um modelo que dificilmente algum País adotaria, pois a origem da maioria deles é o modelo espanhol, com oficiais de carreira jurídica que exercem as funções de magistrado ou promotor. O modelo brasileiro também é reconhecido como um dos poucos países onde a Justiça Militar integra o Poder Judiciário e cujas decisões podem ser revistas por Tribunais comuns (STJ e/ou STF no caso da Justiça Militar Estadual e STF no caso de decisões do Superior Tribunal Militar).



JUS MILITARIS: Considerando que existe uma tendência mundial de restrição e até extinção das Justiças Militares, principalmente em tempo de paz (por exemplo, França e Portugal na Europa; Argentina na América do Sul), qual a opinião de V. Exa sobre esta tendência chegar ao Brasil?

Dr. Getúlio Corrêa: Creio que a discussão da Emenda Constitucional nº 45 durante mais de 7 (Sete) anos no Congresso Nacional e que resultou no atual texto constitucional não deva ser alterada. Não acredito que após tantos debates em todo o país, audiências públicas no Congresso, e especialmente depois de aprovarem por unanimidade o texto atual, possa alguma proposta ser aprovada. Atualmente, alguns países estão com projetos de alteração de competência, como é o caso do Chile, além de possíveis propostas de mudanças no Uruguai. Mas percebe-se que existe uma preocupação constante nos países da América Latina em relação à competência das Justiças Militares.

JUS MILITARIS: V. Exa reassumiu a Presidência da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais. Sabendo que o Brasil possui uma Justiça Militar peculiar e ao que parece única no mundo, como anda o entrosamento entre os diversos segmentos da Justiça Militar e do Ministério Público Militar da União, dos Estados e do Distrito Federal? Pode-se falar atualmente em uma doutrina de direito militar brasileiro, independente da esfera de atuação?

Dr. Getúlio Corrêa: Tenho a convicção de que hoje, ao contrário do que ocorria no passado, há uma elogiável harmonia entre os segmentos da Justiça Militar. Os nossos Encontros e/ou Congressos contam não só com a presença de juízes e promotores da Justiça Militar Federal, como também com os apoios inestimáveis das entidades de classes e de seus órgãos institucionais diretivos. Oportuno lembrar que a Associação Internacional das Justiças Militares (AIJM) teve, desde sua criação, a colaboração permanente destas instituições que, inclusive, fazem parte da diretoria e contribuem, sem dúvida, para o fortalecimento da entidade. Concordo que independente da esfera de atuação é possível falar-se de um Direito Militar brasileiro, aí inseridas as Justiças Militares Federal e Estadual. Se antes era mais razoável pela uniformidade de estrutura, hoje ainda que com estrutura e competências distintas, cada qual com suas peculiaridades, pode-se compreendê-las como organismos de um mesmo sistema de direito militar. Comprova essa assertiva o fato da legislação penal e processual serem únicas para ambas as justiças militares.

JUS MILITARIS: V. Exa mais do que ninguém acompanhou todos os momentos de tensão legislativa nos quais se pretendia extinguir a Justiça Militar, notadamente desde os trabalhos da Assembléia Constituinte. Com o quadro político atual permanece o fantasma da extinção? Que medidas preventivas as Frentes Associativas ligadas à Justiça Militar adotam em face do processo legislativo brasileiro?

Dr. Getúlio Corrêa: Já ressaltai anteriormente que não acredito em propostas de alteração. Seriam ilógicas pelo tempo de tramitação daquela antes referida e que resultou na EC nº 45. No entanto, creio que devemos ter ações pró-ativas e uma delas o Ministro Carlos Alberto Marques Soares, Presidente do Superior Tribunal Militar está realizando ao compor comissão mista para estudo e apresentação de propostas que visem atualizar nossa legislação militar (CPM e CPPM).

Também saliento a necessidade de as entidades de classe da magistratura militar e do Ministério Público realizarem um trabalho conjunto com suas representações nacionais (AMB e CONAMP) e com os órgãos institucionais, sempre no sentido do fortalecimento das Justiças Militares.

A melhor forma de se fazer a defesa da instituição é adequar-se urgentemente a nossa legislação não só no que se refere às novas tipificações necessárias no CPM, mas também na alteração dos procedimentos (no que é possível) nos moldes da legislação processual comum.

“ Tenho a convicção de que hoje, ao contrário do que ocorria no passado, há uma elogiável harmonia entre os segmentos da Justiça Militar. Os nossos Encontros e/ou Congressos contam não só com a presença de juízes e promotores da Justiça Militar Federal, como também com os apoios inestimáveis das entidades de classes e de seus órgãos institucionais diretivos. ”

JUS MILITARIS: Agradecemos a atenção de V. Exa. Queira deixar suas considerações finais. Se possíveis rápidas considerações sobre a viagem ao Perú e à Colômbia.

Dr. Getúlio Corrêa: No mês de abril estive juntamente com o Juiz João Carlos Bona Garcia, Diretor Financeiro da AIJM e o Juiz Univaldo Corrêa, Secretário Geral, a convite do Contra - Almirante Mesa Angosto, Presidente do Tribunal Supremo Militar Policial do Perú, para debater projeto por eles apresentado para a realização do V Encontro Internacional de Direito Humanitário e Direito Militar, restando acertado sua realização no final do mês de abril de 2011. Confesso meu entusiasmo com o crescimento da AIJM em tão pouco tempo e a sua consolidação no cenário internacional como entidade que congrega operadores do direito militar e que tem objetivos de divulgar o direito humanitário e fortalecer as Justiças Militares. Não poderia deixar de elogiar a presidência do Tribunal Militar Central da Espanha que realizou em parceria com a AIJM um excepcional evento no mês de outubro de 2009, na cidade de Madri. Da mesma forma, impressionou a organização no Perú, embora estejamos a um ano do próximo Encontro, apresentando um minucioso projeto com o envolvimento direto das forças políticas e jurídicas do Perú. Tenho a convicção de que o V Encontro Internacional será um evento inesquecível para todos que tiverem a oportunidade de estarem presentes.

Ainda no mês de abril estive em Bogotá, na Conferência dos Exércitos Americanos (CEA), convidado pelos organizadores (EUA e Colômbia). Nesta reunião ad-hoc, com oficiais de todos os exércitos das Américas, iniciou-se um trabalho de elaboração de um Manual para as Forças de Manutenção da Paz da ONU. Na condição de observador civil, fiquei impressionado com o conhecimento dos membros do direito humanitário e dos direitos humanos e a conscientização da necessidade de adequação desses direitos nas operações das Forças Armadas a serviço da ONU neste importante trabalho de manutenção da paz. A experiência foi interessante ainda pelos contatos com esses oficiais e a divulgação da AIJM, na certeza de que a nossa entidade tem um importante papel na consolidação das Justiças Militares em todos os países.

Por derradeiro, quero registrar os agradecimentos ao amigo Jorge Cesar de Assis, um dos maiores defensores da Justiça Militar e que jamais deixou de colaborar com a AMAJME, desde que a ela se integrou e que teve participação decisiva também na criação da AIJM, representando a Associação do Ministério Público Militar da União. Jorge Assis é hoje, sem dúvida, uma referência aos estudiosos do Direito Militar. É um idealista que deixou uma promissora carreira no Ministério Público do Estado do Paraná para se integrar ao MP Militar pelo amor ao direito militar, recomeçando uma nova carreira com evidentes prejuízos familiares. É dessa sua credibilidade que precisamos e que gostaria de contar sempre para o fortalecimento da instituição que todos respeitamos e acreditamos como essencial às Forças Armadas, às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares.

DOCTRINA INTERNACIONAL - PORTUGAL

*“E as armas não lhe impedem a ciência”
Luís de Camões, Os Lusíadas*

O DIREITO ADMINISTRATIVO MILITAR

COMO RAMO ESPECIAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O RECONHECIMENTO DAS ESPECIFICIDADES DA ADMINISTRAÇÃO MILITAR E SEUS REFLEXOS NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Vitor Pereira Chaveiro Coelho



Vitor Pereira Chaveiro Coelho,
¹ Consultor Jurídico do Ministério de
Defesa Nacional de Portugal

Introdução

No extremo mais ocidental do continente europeu – “onde a terra se acaba e o mar começa” e “onde Febo repousa no oceano”, como escreveu o genial Camões, nascia para o mundo, no segundo quartel do século XII, uma nova nacionalidade a que se chamou Portugal.

É, portanto, a partir dessa época que começa verdadeiramente a história da Nação, e integrada nela, ou com ela se confundindo, começa a história da administração militar, grandiosamente representada pelo Exército Português.

Assim, facilmente se prova que é impossível elaborar uma história completa de Portugal e da Nação Portuguesa, propriamente dita, desde da sua fundação aos dias de hoje, sem alusão à importante contribuição que a organização militar deu na defesa nacional deste território geograficamente definido, em que se fixou um povo autónomo, dotado soberania e liberdade.

Várias são as entidades que, ainda hoje, concorrem para a prossecução dessa honrosa função – a Defesa Nacional. É precisamente na prossecução desse fim que surge, cremos, esta entidade denominada de Administração Militar, dotada de princípios e regras próprias, possibilitando-lhe desde á muito e com sucesso a manutenção indispensável da condição de paz e liberdade.

Como veremos, as suas características implementam-lhe um carácter administrativo que é regulado por um direito administrativo próprio o qual denominamos de direito administrativo militar mas que por esquecimento ou desconhecimento teima em adquirir autonomia científica própria.

Na verdade, no denominado contexto administrativo militar, em que se revelam inumeráveis institutos e princípios jurídicos próprios da administração militar, escassos são os estudos científicos sobre a explicação dos seus contornos e matizes e tal letargo acarreta uma lacuna no espaço doutrinal, que não se verifica noutros domínios.

Certificar a existência autónoma deste ramo especialíssimo da ciência jurídica pública, dissecando o lastro científico do direito administrativo militar, tendo em conta, toda a sua dimensão ontológica revela-se, de facto, árdua tarefa.

Ainda assim, tentaremos.



¹ Após o ingresso nas Forças Armadas Portuguesas, como Oficial do Exército, dedicou-se ao estudo do Direito Militar, mais especificamente ao direito administrativo militar. Tem como habilitações académicas a licenciatura em Direito e o curso de especialização em Direito Administrativo, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. É mestrando em direito administrativo, encontrando-se em preparação da tese. Desempenha, actualmente, as funções de Consultor Jurídico na Direcção de Serviços de Assuntos Jurídicos do Ministério da Defesa Nacional.

atinentes ao carácter orgânico, funcional ou relacional, respeitante à administração pública e consequentemente ligado à concepção jurídica do Estado, na acepção tripartida da separação de poderes, legislativo, judicial e executivo.

Na decorrência do poder executivo surge o Direito Administrativo como o conjunto específico de princípios e regras jurídicas que consagra a posição de supremacia dos poderes da administração, ou seja, de quem exerce o poder executivo.

O seu conceito, constitui-se assim como abrangente, na medida em que na sua acepção geral reporta-se a um conjunto genérico de princípios e regras que estão na base de toda a administração pública.

Porém, desde há muito que a doutrina administrativa tem chamado à atenção para a necessidade do direito administrativo geral, de base comum a toda actividade da administração pública, lato sensu, dever ramificar-se tendo em atenção as especificidades dos diferentes campos de actuação da administração.

Assim, entendemos que o direito administrativo comum ou geral inclui o estudo das normas fundamentais deste ramo de direito, os seus conceitos basilares e princípios gerais, versando ainda sobre matérias como a relação entre a administração pública e o Direito em sentido genérico, a organização administrativa, a actividade administrativa, seja através de regulamento, actos ou contratos, como também da matéria respeitante aos direitos e garantias dos cidadãos.

Por sua vez, o direito administrativo especial incide nas matérias que dizem respeito a sectores específicos da actividade administrativa, ou sobre as matérias onde de alguma forma, a administração incide, resultando desta incidência ou sectores os direitos especiais, hoje em dia na voga, como por exemplo o direito administrativo do ambiente, direito administrativo do urbanismo, direito administrativo da concorrência, direito administrativo de polícia, e demais ramificações que pelo seu objecto o justifiquem.

Contudo, pensamos que esta ramificação não deverá ser tão fragmentada como tem sido realizada pela doutrina, sob pena de se perder nos meandros das subdivisões categóricas. Um direito administrativo respeitante, a “cada coisa”, seria perder-se matriz essencial do direito administrativo comum.

O direito administrativo geral deverá dividir-se na medida do estritamente necessário, ou seja, nas matérias em que o tronco jurídico-administrativo comum, não forneça os instrumentos adequados ou suficientes para dar resposta na matéria.

A lógica dedutiva, da ramificação do direito administrativo comum e direito administrativo especial, deverá realizar-se apenas tendo em atenção a identificação clara, precisa e real de princípios e regras próprias que mereçam uma atenção especial, em face do objecto em causa.

Esta divisão do direito administrativo geral em especial não tem assim qualquer razão científica que a sustente, simplesmente o peso de uma tipologia de princípios e institutos próprios de uma determinada matéria ganha autonomia ao longo do tempo e assume um papel de relevo suficiente para o seu tratamento especial.

O enquadramento do direito administrativo militar como ramo especial do direito administrativo geral só poderá ser justificado demonstrando as especificidades da administração militar e as suas consequências jurídica na matriz do direito administrativo geral.

Desde a sua função pública militar à sua estrutura orgânica, evidenciando-lhe as principais características, princípios estruturantes e a sua actividade procedimental culminaremos, numa curta reflexão de estudos e propostas.

Como “aviso à navegação”, esclarecemos que o presente trabalho, pelas limitações próprias, onde o espaço de caracteres é limitado e o tempo académico não abunda, não poderá apresentar-se de outra forma a não ser como breves considerações sobre a matéria.

Salvaguardamos contudo, que o rigor científico inerente a um trabalho desta natureza, merecerá, com certeza, numa breve e próxima oportunidade, um exaustivo e criterioso estudo.

Ramos do Direito Público

No actual estudo da ciência jurídica, a dicotomia entre o direito público e o direito privado é a base na qual, ainda, assentam várias discussões doutrinárias na teoria geral do direito.

Para nós, uma norma é de direito público quando directamente protege um interesse público (considerando interesses públicos os que respeitam à existência, conservação e desenvolvimento da sociedade política) e só indirectamente beneficia (se beneficia) interesses privados.

É precisamente do reconhecimento da primazia, em certos casos, dos interesses públicos sobre os interesses privados que resulta, pois, a necessidade de atribuir uma posição de superioridade nas relações jurídicas às pessoas colectivas instituídas para a prossecução do interesse geral ou público, ou seja o *ius imperii*.

Na verdade, se seguirmos o critério do interesse verificamos que a actividade da Administração tem por objectivo imediato a realização de interesses respeitantes à colectividade organizada politicamente. Consequentemente, o interesse público é a ideia dominante de todas as normas jurídico-administrativas.

Assim, o Direito administrativo, em lato sensu, constitui-se como o ramo de Direito Público que estuda os aspectos

A utilização da subdivisão de um direito administrativo geral ou comum em direito administrativo especial não obedece propriamente a operações “matrioshkanas”¹ realizadas por aqueles a quem o estudo jurídico de realidades microscópicas da administração interessa.

Através de um método indutivo tudo encaixa numa realidade superior que com ela tem ligação genética.

Uma subdivisão exacerbada, e descabida poderá levar ao desvanecimento dos princípios basilares que enformam o Direito administrativo comum.

Concordamos e não temos dúvidas que a extensão e a complexidade que o Direito Administrativo assumiu em nossos dias, em face das múltiplas e ínfimas tarefas exigidas à administração pública, obriga a distinguir nele vários ramos que já se individualizaram ou estão em vias disso.

O Direito Administrativo Militar como Ramo Especial de Direito Administrativo

É exactamente reconhecendo as especificidades da administração militar, e respectiva função específica militar, que reflectimos sobre este ramo especial de Direito administrativo.

Já Marcelo Caetano referia que, “correntemente aparece a distinção entre o direito administrativo comum e certos ramos especiais, caracterizados pelo objecto das normas que os constituem”².

Ora é no reconhecimento das especificidades das normas que regem a administração militar que, o citado professor referia que, “há assim sem dúvida, um Direito Administrativo Militar dominado por alguns princípios peculiares à coesão e disciplina das forças Armadas, donde resultam bastantes particularidades em relação aos Direito Comum.”³

Não que queiramos, elevá-lo a ramo isolado e intocável, mas sim reconhece-lo, pelas especificidades que em si encerra.

A dogmática administrativa, é bem visível, na construção ontológica deste ramo especial de direito administrativo, no qual o argumento do interesse público – defesa – dá o mote para a edificação normativa existente, sendo grande a panóplia de exemplos:

-O artigo 1º da Lei Orgânica de Bases da Organização das Forças Armadas (LOBOFA)⁴, consagra expressamente a integração das Forças Armadas na administração directa do Estado; as Forças Armadas estão sujeitas à hierarquia administrativa; a actuação das Forças Armadas é susceptível de dar azo à responsabilidade civil extracontratual do Estado, nos termos gerais; dos actos da administração militar

¹ Conceito nosso, pela simplicidade de compreensão do problema em causa, por alusão à matrioska, que é um brinquedo tradicional da Rússia, constituído por uma série de bonecas que são colocadas umas dentro das outras, da maior até à menor (a única que não é oca). É aqui que se coloca a questão, a especialização do direito administrativo deverá estancar-se em matérias que tenham substância científica suficiente que possibilite uma análise jurídico-dogmática própria.

² Cfr. Marcelo Caetano, Manual de Direito Administrativo, p.46. Coimbra. 10ª Edição (consultada).

³ Ibidem.

⁴ Lei Orgânica nº1-A/2009, de 7 de Julho de 2009, Lei Orgânica de Bases da Organização das Forças Armadas (LOBOFA)

recorre-se para os Tribunais Administrativos; e por ultimo a possibilidade de queixa ao Provedor de Justiça.

As Forças Armadas e a Função Administrativa Militar

As Forças Armadas desempenham uma missão fundamental do Estado que se traduz na defesa da segurança e bem-estar da colectividade e da independência do Estado Nação. Acreditamos até que as Forças Armadas constituem-se como “conditio sine qua non” da existência de um conceito verdadeiro de Estado, entendido aqui, como Estado-colectividade, na definição de povo fixado num determinado território e no qual institui, por autoridade própria, um poder político relativamente autónomo.

A própria noção de defesa nacional⁵ que se retira do preceito Constitucional previsto no artigo 273º, nº2, da CRP, fixa a “missão geral”, ao conceito concretizado na Lei da Defesa Nacional (LDN)⁶. Esta por sua vez, no seu artigo 22º, institui as Forças Armadas, como a instituição nacional responsável pela defesa militar da República. Na prossecução dessa missão de defesa, podemos afirmar que as Forças Armadas desempenham funções públicas próprias e prosseguem, de facto, o interesse público. Não só, assegurando a defesa do Estado-Nação contra ameaças externas, mas também em missões ao nível interno, sobretudo no âmbito da protecção civil e em tarefas relacionadas com as necessidades básicas da população entre outras.⁷

Assim, no desempenho das suas funções militares, realizam a função administrativa militar, daqui retirando-se o conceito de administração militar em sentido material.⁸

A importância da Administração militar, advém da função específica de Defesa do Estado, o que alguns autores⁹, qualificam de “atribuição de soberania”. Contudo ainda que desempenhe este papel de relevo, e que de algum forma, lhe fornecem, um carácter institucional de completa autonomia, em relação aos demais órgãos do Estado, a administração militar é, ainda e sempre, Administração Pública, pelo que a teoria administrativista é, de facto, a mais adequada ao modelo das Forças Armadas.

⁵ Refira-se que a noção de defesa nacional - cujo emprego tem entre nós uma longa tradição jurídica, não obstante a expressão verbal não possuir qualquer significado etimológico particular - designa o conjunto de instituições que contribuem para garantir a protecção contra o exterior. Embora a instituição militar constitua o seu núcleo principal, a defesa nacional compreende também os órgãos de soberania (vide. Artº8 da Lei da defesa Nacional, Lei nº31-A/2009, de 7 de Julho). A competência funcional das Forças Armadas ficou assim exclusivamente reduzida à defesa militar, entendida em sentido técnico tal como o preconizado no nº1 do artigo 275º, da CRP. Aliás, a incorporação dos organismos de defesa num quadro mais alargado que inclui os órgãos de soberania revela que a instituição directamente responsável pela componente especificamente militar se encontra colocada numa situação de dependência (cfr. Nº 3 do artigo 275 da CRP).

⁶ Lei nº31-A/2009, de 7 de Julho, que revoga a Lei nº29/82, de 11 de Dezembro, Lei da Defesa Nacional e das Forças Armadas (LDNFA), deixando a nova lei cair, na epígrafe, a designação de Forças Armadas, pelo que utilizaremos, de agora em diante a sigla LDN.

⁷ Cfr. artigo 275º, nº6 da CRP.

⁸ Por razões didácticas, de compreensão e de prática na doutrina portuguesa, usaremos as maiúsculas iniciais para a expressão Administração Militar quando corresponder a um sentido orgânico e as minúsculas sempre que exprimindo um sentido material.

⁹ Como por exemplo, Freitas do Amaral, Curso de Direito Administrativo, Vol. I 2ª ed, Coimbra, 1987, p.8.

Nas situações normais de funcionamento, desempenha, uma função administrativa, ainda que específica e de características muito próprias, e é administrativa na medida, que compreende os actos de execução dos actos legislativos, traduzidos no desempenhar de todas as funções administrativas militares necessárias para garantir a soberania, a independência nacional e a integridade do território nacional.

No cumprimento destas funções recortam-se, tarefas castrenses específicas tais como recrutamento de pessoal, instrução militar, prontidão de tropas, aquisição de material de guerra, realização de exercícios, tudo tarefas que, por virtude de prévia opção legislativa, se tenha entendido que incubem à Administração Militar¹, enquanto instituição do Estado-colectividade, ou Estado Nação.

Estrutura Orgânica

Para o cumprimento da missão, as Forças Armadas, estão organizadas, institucionalmente, em vários “aparelhos organizados de poder”, que no seu conjunto surgem, em sentido orgânico, como Administração Militar². Esta “pirâmide” administrativa, composta por vários entes, que se relacionam entre si, por princípios de hierarquia³, tais como, Estado-Maior-General das Forças Armadas, Marinha, Exército, Força Aérea, órgãos militares de comando⁴, entre outros, formam em, traços gerais, a estrutura administrativa militar apta à prossecução da função administrativa militar.

Há luz dos estudos da ciência da administração, há ainda quem fale num terceiro sentido, o da administração formal e no que diz respeito à administração militar em sentido formal, resultaria, por definição, nos modos de actuação da administração militar em sentido orgânico quando exerce a administração militar em sentido material e usa os poderes de autoridade que, por lei, lhe são inerentes.

Ainda com os traços de autonomia, passos atrás referidos, não restam dúvidas que a administração Militar, se insere na administração directa do Estado, através do Ministério da Defesa Nacional (artigo 24º da LDN), e

¹ O princípio da legalidade, plenamente tanto na sua acepção negativa como positiva..

² Como passos atrás fizemos referência, consideramos, não só as Forças Armadas, como administração militar, mas todas as entidades que por lei exercem a função militar, entendido aqui como maxime a defesa nacional. Contudo a Constituição, reserva a defesa militar, às forças armadas, pelo no cingiremos na análise da administração militar às Forças Armadas, propriamente ditas.

³ A hierarquia aqui mencionada é meramente administrativa, em razão da medida de competências de cada Ramo, definida pela LOBOFA. Esta caracteriza-se, segundo Paulo Otero, por ser um “modelo de organização vertical da Administração Pública, através do qual se estabelece um vínculo jurídico entre uma pluralidade de órgãos da mesma pessoa colectiva, conferindo-se a um deles competência para dispor da vontade decisória de todos os restantes órgãos, os quais se encontram adstritos a um dever legal de obediência.”

⁴ Aqui entendido, nos termos do artigo 7º da Lei Orgânica de Bases da Organização das Forças Armadas (LOBOFA), surgindo assim, num sentido amplo de administração, o Estado Maior General das Forças Armadas, os três Ramos, Marinha, Exército e Força Aérea e os órgãos de comando das forças Armadas.

por esta razão, podemos afirmar que faz parte, num sentido orgânico, da “macro-estrutura” Administração Pública.

Mas desta integração funcional da administração militar na função administrativa do Estado, tal como a inserção orgânica das Forças Armadas na Administração Pública, não poderá resultar qualquer prejuízo para a prossecução do fim a que se destina, não podendo, por razões óbvias, afastar a especificidade da administração militar nem nunca descaracterizá-la.⁵

Características Especiais

A Administração militar, será sempre caracterizada por um conjunto de características muito exclusivas, peculiares, próprias. As Forças Armadas, são compostas por instituições com longa história⁶, com um património cultural e moral muito coeso, ritualístico, estas características distinguem a Administração Militar das demais, nomeadamente da própria administração pública, em sentido lato.

Para estas breves considerações, que ora tecemos, é possível recrutar algumas destas características, com prejuízo de outras que carecem de aprofundado estudo epistemológico para cabal compreensão. Ainda que as características, não tenham um carácter estanque e todas elas se interliguem é possível isolar didacticamente algumas delas; A primeira desta característica da Administração Militar é, evidentemente, a sua natureza marcial, a seu poder Armado. Os exércitos⁷, em qualquer das suas componentes, terrestre, marítima e aérea, são por inerência grandes fontes de poder, mas um poder, armado, que lhe é legitimado pela prévia opção constitucional da existência de exército permanente.⁸ Por esta razão, o armamento de guerra, pelo seu carácter altamente destrutivo, precisa a todos os níveis, de um grande controlo, disciplina de manuseamento e utilização. Em certa medida, é deste manejo de fontes de perigo, que advém do poderio militar, que tem consequências, no meios aptos ao controlo dessa mesmas fontes, controlo este, legalmente instituído nas Forças Armadas. Alguns autores, denominam este poder como “monopólio da violência legal”. Este poder tende a ser maximizado⁹, o que acarreta juridicamente, a existência de princípios reforçados de rigidez hierárquica, disciplinar e de obediência, a ser verificado por todos os operadores militares;

⁵ Muitas têm sido as manifestações dos militares, a reivindicarem um estatuto isolado, e distinto da função pública, e o legislador têm vindo a par e passo, criar um regime paralelo de regime, à quem fale em Função Pública Militar. Para um estudo mais aprofundado da matéria, Carla Pica, O vínculo militar profissional ao Estado. Função Pública Militar? Tese de mestrado, Lisboa, 2007

⁶ Para um melhor conhecimento da história do exército em Portugal, vide Ferreira Martins, História do Exército Português, Lisboa, editorial inquérito, o General demonstra bem o peso que a administração militar esteve na construção do Estado Português

⁷ A expressão deverá ser entendida como um conjunto de homens e meios, Dicionário de Terminologia Militar.

⁸ A suíça por exemplo, ainda que Estado neutro, tem um grande poder bélico, estando os seus cidadãos aptos à defesa do seu Estado, uma vez que todos ficam obrigados ao serviço e instrução militar.

⁹ Veja-se a título de exemplo a utilização de armamentos em grupo de terrorismo e bandos armados, esquadrões da morte etc,



Outra característica da administração militar é sua autonomia. Não está em causa um poder de “auto-organização”, ou qualquer reserva geral de administração militar ou até mesmo uma reserva especial administração, no âmbito militar¹. Encontramos sim uma reserva de execução administrativa, a reserva de executar defesa militar da Republica Portuguesa.

Esta autonomia fica bem patente na grande componente organizativa e disciplinar, da Administração Militar², o que por reflexos, implementa nas Forças Armadas uma procedimentalização administrativa própria e diferente da procedimentalização da administração pública em geral.

Como outra característica específica, esta ao nível das relações especiais de sujeição, é a grande cerimoniosidade visível, respectivamente, nas práticas de cultos ritualísticos, iniciáticos, de deferência interna, de obediência e disciplina.³

Por último, a grande rigidez organizativa que fica bem patente, na aplicação empírica de práticas tradicionais a novas situações e na existência de um convencionalismo externo e interno que diminui a maleabilidade da sua actuação face a alterações conjunturais. Este aspecto afigura-se, no entanto necessário, uma vez que, enquanto detentoras do “monopólio da violência legal” ao nível do Estado, as Forças Armadas devem manter-se “imunes” a pressões externas, de carácter político, ideológico, económico ou outro, pois nos últimos instantes do caos, podem, e devem, ser o garante da manutenção do Estado de Direito, tal como o identificamos.

¹ Discordarmos neste ponto de Blanco de Moraes, As leis Reforçadas, Coimbra, 1998, p.172, anteriormente LDNFA, pois entendemos que o artigo 164º da CRP, nas suas alíneas. d), e) e q) referem-se não só à defesa e segurança do Estado como, cabem no seu âmbito as bases de organização, funcionamento e disciplina das Forças Armadas consagradas na LOBOFA. Para este efeito seguimos a distinção entre “reserva geral de administração” e “reservas especiais de administração”, conforme o Nuno Piçarra, “a Reserva de administração”, O direito, Ano 112º, tomos II e II/IV, Lisboa, 1190, pp.333 segs. Ainda sobre esta matéria; cfr. Branco de Moraes, op. cit., Coimbra, 1998, pp.131.

² Inserimos também neste campo de poder executivo da Administração militar o próprio Ministério da Defesa Nacional, cfr. artº12, 13 e 14 da LDN. É facto público e notório, que a natureza virtualmente ilimitada que a Constituição concede à função legislativa não tem, de forma alguma inviabilizado um tendência generalizada no sentido de um gradual aumento dos poderes do Executivo em detrimento dos poderes do Parlamento, até por razões que se prendem com a necessária eficiência da Administração.

³ Muitas destas práticas, constam em normas internas, ou mesmo de carácter superior, outras porém têm um carácter consuetudinário, mas que relevam na actividade administrativa das Forças Armadas. Reflexo dessa cerimoniosidade, é o juramento de bandeira ou de fidelidade, momento simbólico, a partir do qual se considera que cidadão é efectivamente militar, tendo antes desse momento, um mera condição de aprendiz, de instruendo.(art. 7 do EMFAR): «Juro, como português e como militar, guardar e fazer guardar a Constituição e as leis da República, servir as Forças Armadas e cumprir os deveres militares. Juro defender a minha Pátria e estar sempre pronto a lutar pela sua liberdade e independência, mesmo com o sacrifício da própria vida.»

Princípios Jurídicos

Os Princípios Jurídicos surgem no ordenamento jurídico como estrutura valorativa genética que informam a base de qualquer ciência. Considerando a ciência do direito, verificamos que os princípios assumem especial relevo, na sua dimensão ontológica.

Dos princípios gerais de Direito retiramos exemplos, hierarquicamente relevante para a restante estrutura principiológica atinente a cada ramificação científica.

Transpondo a temática para o Direito Público e mais concretamente para o direito administrativo, também estes têm as suas características próprias, os seus princípios próprios, os quais se vão especializando à medida que é aplicado nas diferentes matérias e situações jurídicas que abordam.

O direito administrativo, enquanto ciência que tem como objecto a elaboração dogmática e a exposição sistemática do sector ou da fracção da ordem jurídica que disciplina a administração pública, em sentido amplo, terá de dividir-se em direito administrativo geral e direito administrativo especial, pois as diferenças existentes na matéria tratada pelas várias administrações públicas, em sentido estrito, irão enformá-lo de características próprias através dos princípios que deverão reger a administração no cumprimento das suas tarefas, na tentativa de cobrir as varias áreas de satisfação colectiva de necessidades colectivas.

A ideia é a de princípios sectoriais, respeitantes a determinada realidade da vida, é fundamental na observância das necessárias qualificações e respectivas ramificações de um direito administrativo geral ou comum.

Vejamos que na administração pública, em sentido amplo, os princípios e as regras de Direito administrativo podem respeitar à organização da mesma. Veja-se o disposto no Artigo 267º da Constituição da República Portuguesa acerca dos princípios da desburocratização, da aproximação dos serviços das populações, da descentralização e da desconcentração, Trata-se de princípios de organização ou organizativos, mas também podem reportar-se ao funcionamento da Administração Pública, como acontece com o princípio da participação dos interessados na gestão daquele, de acordo com a parte final do nº1 do mesmo Artigo 267, estando aqui um principio funcional ou de funcionamento, podem ainda regular as relações entre a Administração Pública e os particulares no quadro da actividade de gestão pública da primeira, conferindo-lhe poderes de autoridade, submetendo-a a vinculações exorbitantes, inexistentes no Direito Privado ou reconhecendo direitos ou interesses legalmente protegidos dos particulares perante a administração pública.

Torna-se assim possível identificar, no direito administrativo, em sentido geral, uma panóplia de princípios gerais, aos quais todos os órgãos da Administração Pública estão vinculados.

Desse rol de princípios, alguns têm, desde logo, consagração constitucional, não só nos artigos 266 e seguintes da Constituição, mas também no catálogo de direitos fundamentais, maxime o principio da igualdade.

O Código do Procedimento Administrativo (CPA), por sua vez na senda dos princípios constitucionalmente previstos, vem nos seus artigos 3º e seguintes, elencar os princípios gerais tais como, o principio da legalidade, principio da prossecução do interesse público, principio da igualdade e da proporcionalidade, princípios da justiça e da imparcialidade, principio da boa fé, principio da colaboração da Administração com os particulares, principio da participação, principio da decisão, principio da desburocratização e da eficiência, principio da gratuidade e o principio do acesso à justiça.

Este catálogo de princípios, nos termos do artigo 2º do Código do Procedimento Administrativo, de acordo com o seu âmbito de aplicação subjectiva, abrange toda a administração no seu sentido mais lato possível. Sendo a Administração Militar, parte integrante da administração directa do Estado¹, no cumprimento das suas tarefas, ficará vinculada, ainda e sempre aos princípios gerais do direito administrativo.

Contudo pelas características próprias que a caracterizam, aditam a este rol principio lógicos, princípios próprios da administração militar, sejam organizativos, funcionais ou relacionais, enformando o direito administrativo geral à medida da sua especificidade, mas nunca porém o deformando.

A maioria dos princípios da administração militar, encontram-se também na administração pública em geral, simplesmente na administração militar as características específicas, passo atrás, mencionadas incutem-lhe e implementam-lhe mandatos de optimização e verificação efectiva, o mesmo não se verificando na administração em geral.

Entendemos, ainda nesta perspectiva, que os princípios que regem a administração militar podem ser expressos na lei mas não se deve ignorar a existência de poderes implícitos, sendo estes de largo espectro nas Forças Armadas.²

Após uma análise do conjunto normativo respeitante à administração militar torna-se possível identificar um quadro principiológico próprio, de carácter reforçado, que em muito o afasta da verificação efectiva desses mesmos princípios, na actividade da administração pública em geral.

Conscientes do prejuízo, de não elencar todos os princípios a ser considerados num estudo aprofundando, na

¹ Cfr. O nº1, do artigo 23, LDN, Lei nº 31-A/2009 de 7 de Julho

² O facto de que a as normas “surgidas naturalmente” podem ser contrapostas às normas “criadas” deve-se ao facto dos princípios não necessitarem de ser estabelecidos explicitamente, eles na maioria dos casos derivam de uma tradição de normas detalhada e avulsas e ate mesmo de lastro consuetudinário, que geralmente são expressões de concepções difundidas de como deve ser o direito, numa determinada área.

fileira axiológica dos valores fundamentais da administração militar perfilam-se, como os de maior importância, o principio da hierarquia, o principio da coesão, da disciplina, da segurança e da obediência aos órgãos de soberania.³

Entenda-se que, se o principio da hierarquia ou o principio da disciplina, na administração pública têm uma importância relativa, na administração militar têm uma importância absoluta.

A funcionalidade de tão intrincada estrutura requer uma gestão disciplinar, que não se coaduna com a adopção de princípios débeis ou vacilantes.

Note-se, por exemplo, que na administração pública, o não cumprimento imediato de uma ordem de um superior hierárquico, por parte de um subordinado, pode ter no limite, como consequências factuais o mau funcionamento dos serviços, redução da eficiência, atraso na decisão, prejuízo do particular, entre outras. Da desobediência resultará no máximo responsabilidade disciplinar do funcionário e responsabilidade civil extracontratual da administração.

Na administração militar, o não cumprimento imediato de uma ordem de um superior, por parte de um subordinado, representa graves prejuízos para a instituição, pois o manejo de fontes de perigo já referidas, acarretam enormes danos quando desenquadradas da controlo hierárquico e disciplinar que lhe implementam segurança.⁴

Como salienta Paulo Otero, o poder disciplinar exercido pelo superior hierárquico não é mera garantia do cumprimento dos comandos hierárquicos por ele emanados, mas sobretudo uma forma de assegurar que o funcionário público exerce sempre as suas funções tendo em vista a realização do interesse Público, no cumprimento da legalidade em geral e na concretização de boa administração.⁵

Obviamente no caso dos militares das Forças Armadas, a preocupação de garantir maior eficácia à sua actuação e a total dedicação ao interesse público implica uma exigência adicional em matéria de disciplinar interna. Nesta medida o procedimento administrativo disciplinar é um elemento de primordial importância na verificação dos princípios próprios da administração militar.⁶

Conclui-se contudo, que actividade da administração militar, tendo por base de actuação os seus princípios basilares, não pode justificar uma actuação ao arrepio das vinculações jurídico-públicas a que está adstrita.

³ A este propósito, vide artigo 1º da Lei Orgânica nº2/2009 de 22 de Julho, que aprova o novo Regulamento de Disciplina Militar.

⁴ Exemplo típico, é o do soldado que numa missão de paz não respeitou a ordem de proceder à operação material de desvio de trânsito, o que colocou em perigo todas as forças acampadas no itinerário interdito

⁵ Cfr. Paulo Otero, Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa, Coimbra, p.139.

⁶ A este propósito, vide Lei Orgânica nº2/2009 de 22 de Julho, que aprova o novo Regulamento de Disciplina Militar, que vem revogar o Decreto-Lei nº 142/77, de 9 de Abril. Renovando formalmente e materialmente a disciplina militar, traçando-lhe amplos procedimentos de defesa, num procedimento administrativo de carácter penal.



Como, como passos atrás referimos, enquanto Administração pública que é, em sentido lato, está sujeita ao princípio da legalidade, nos termos do artº266, nº2 da CRP e do art 3º do CPA, que funciona como limite, mas também como fundamento de toda actuação da Administração, quer quando esta actua como administração agressiva, praticando actos ablativos, quer quando actua em situações de normal funcionamento.

Vejamus que em matéria dos direitos fundamentais constitucionalmente previstos, nomeadamente o vasto catálogo de direitos, liberdades e garantias, a vinculação é ainda maior.¹ Esta vinculação traduz-se, segundo Jorge Miranda, positivamente, na interpretação e aplicação daqueles preceitos de forma a conferir-lhes a máxima eficácia possível, e negativamente, na não aplicação dos preceitos legais que não os respeitem.

Não se exclui contudo, a hipótese que tais princípios específicos da administração militar possam, colidir com os princípios gerais consagrados na Constituição e demais legislação administrativa. A título de exemplo, basta pensarmos no princípio da transparência consagrado no código dos contratos públicos, ao qual está vinculada toda a administração pública², mas que por razões de segurança, não se aplicará à administração militar sempre na base do contrato esteja o tratamento de matérias delicadas e que mereçam confidencialidade.

Vejamus que no âmbito militar, a maioria dos contratos são caracterizados pela confidencialidade. Não faz sentido, por razões de segurança nacional, publicar o cadernos de encargos da construção de um bunker, sob pena de se desvendar os segredos de construção, localização, etc... Existe aqui um princípio da confidencialidade corolário do princípio da segurança, que administração militar têm de prosseguir em atenção à especificidade da confidencialidade da informação.

O Ordenamento Jurídico

O objecto de estudo do direito administrativo militar, é vastíssimo, pois da actividade da administração militar, resultam a eclosão de muitas e complexas relações jurídicas e institutos singulares, o que provoca a existência de uma complexa e vastíssima legislação avulsa, que nem sempre permite ao operador jurídico um raciocínio sistemático do ordenamento

¹ A administração militar, é por vezes criticada pelo não verificação do respeito aos direitos, liberdades e garantias, nas suas actividades de instrução, colocam-se questões de integridade física, dignidade do ser humano, etc. A maioria das críticas são dirigidas às instruções de tropas especiais, Comandos, Operações Especiais Fuzileiros, em que o nível de instrução é muito elevado, constando do seu programa de instrução, algumas actividades que de facto afectam direitos individuais, nomeadamente acções psicológicas, e determinadas exigências físicas, que desenquadradas do contexto militar, são de facto atropelos aos direitos, liberdades e garantias, contudo entenda-se que para além de alguns dos direitos serem disponíveis, em função da livre disposição dos direitos de personalidade.

² No que concerne ao âmbito subjectivo do Código dos Contratos Públicos cumpre dizer que este diploma procede a uma transposição da noção comunitária de organismo de direito pública, muito desenvolvida pelo TJ, ficando claro que as entidades instrumentais da Administração Pública (estadual e autónoma) podem ficar sujeitas ao regime relativo aos procedimentos pré-contratuais públicos.

Assim nos termos do artigo 2º, nº1, as Forças Armadas, constituídas pelos três ramos, ficam também, adstritas ao código dos contratos públicos, sempre que não estejamos no domínio da defesa

jurídico acerca das matérias militares.

Basta examinar o organograma das instituições militares³ para ter a percepção das inúmeras relações jurídicas que emergem destas estruturas organizadas de poder. Pela especificidade da administração militar e dos seus funcionários, militares e civis, todas as realidades jurídicas existentes na administração pública e respectiva função pública, têm regime paralelo, após filtragem e consequente adaptação às características, princípios e institutos próprios da administração militar, enformando desta forma a estrutura jurídica-estatutária do direito administrativo militar, escalonada, de matriz Kelsiana.

A título de exemplo, a Lei da Defesa Nacional, Lei Orgânica de Bases da Organização das Forças Armadas, a Lei da Programação Militar, o Regulamento de Continências e Honras Militares, Servidões Militares, Contratação pública nos domínios da Segurança e defesa.

Digno também de referência, torna-se a legislação que enquadra os funcionários da administração militar, os militares, tal como o Estatuto dos Militares da Forças Armadas, Lei do Serviço Militar, Regulamento de incentivos à prestação de serviço Militar nos Regimes de Contrato e voluntariado, Regime Remuneratório dos Militares, Regulamento de Disciplina Militar. Sem contar com os inúmeros instrumentos de cariz militar elaborados nos próprios ramos adaptando conforme as características específicas que cada ramo, tais como as matérias operacionais de cada ramo, como as normas de empenhamento, etc.

O militar pelas características da sua profissão, beneficia de um regime jurídico própria em todas as vertentes da vida, pois, desde o ingresso nas Forças Armadas, passando pela preparação, formação e aperfeiçoamento, nas diferentes especialidades e quadros funcionais das respectivas armas, infantaria, cavalaria, aviação, marinha, etc., o militar é submetido a regras próprias que balizam a sua actuação, o seu comportamento, sendo indício das enormes diferença entre o funcionário público, da administração pública em sentido amplo, do funcionário da administração militar.⁴

O Procedimento Administrativo na Administração Militar

Como vimos várias são as implicações significativas que dotam a administração militar de um direito que atende às suas especificidades. Mas para além dos actos legislativos que a diferenciam da restante administração. Também os actos jurídicos administrativos, resultantes da sua actividade têm características diferentes, nomeadamente a sua menor proceduralização, que se traduz na prática de actos administrativos sem um procedimento prévio estabelecido em lei ou regulamento.

A actividade da administração militar acaba, assim, por apresentar um maior casuísmo decisório, que resulta de dois factores fundamentais.

³ Cfr. Lei Orgânica de Bases da Organização das Forças Armadas (LOBO-FA), surgindo assim, num sentido amplo de administração, o Estado Maior General das Forças Armadas, os três Ramos, Marinha, Exército e Força Aérea e os órgãos de comando das forças Armadas.

⁴ A este propósito Carla Pica, Função Pública Militar, relatório de mestrado, FDL, Lisboa, 2003.

Por um lado, a falta de procedimentos legalmente estabelecidos adaptados às especificidades da Administração militar e, por outro, o facto de muitos dos procedimentos normalmente seguidos não resultarem de diplomas legais ou regulamentares, mas sim de meras circulares internas, elaboradas ao abrigo do, já referido, poder de organização de que gozam as Forças Armadas.

Esta falta de regulamentação legal dos procedimentos administrativos a seguir pela Administração militar faz com que muitas das normas aplicáveis se caracterizem pela sua extrema vacuidade, remetendo sistematicamente para normas internas ditadas pelos superiores hierárquicos, tal como acontece, nos regulamentos internos, ordens dos comandantes das Unidades, ou como por exemplo no Exército Português se pratica, Normas de Execução Permanente (NEP).

Contudo, cada vez mais, graças ao esforço das academias militares, a estrutura programática dos vários cursos de ciências militares, fornecem já um leque muito útil de informação jurídica, consoante, até, do plano de curso várias cadeiras de Direito nas quais o estudo do direito administrativo não fica de fora, o que tem implementado mudanças significativas na procedimentalização administrativa, aspecto aliás, essencial à protecção dos direitos e interesses legítimos daqueles que se relacionam com a Administração Militar, quer sejam civis¹, quer sejam militares.

Esta procedimentalização administrativa na actuação das forças Armadas não implica necessariamente pôr em causa a autonomia das Forças Armadas no que respeita à sua própria organização interna, podendo distinguir-se a regulamentação das áreas estritamente militares dos aspectos que se prendam com o pessoal civil que exerce funções em organismos e departamentos integrados na administração militar ou que de alguma forma com a mesma mantém relações, ou seja, consoante estejam ou não em jogo direitos de terceiros.

Mas as especificidades da administração militar não podem, contudo, justificar uma actuação ao arremio de regras procedimentais legalmente estabelecidas, como por exemplo da aplicação, ainda que supletiva, das regras procedimentais do Código do Procedimento Administrativo, tanto mais determinantes na protecção dos direitos e interesses de quem com a administração militar se relaciona.

Como salienta Vasco Pereira da Silva, o procedimento administrativo desempenha uma importante função de protecção jurídica subjectiva, uma vez que a generalização do procedimento a toda a actuação administrativa tem reflexos ao nível do processo, permitindo o alargamento do controlo jurisdicional por parte dos Tribunais Administrativos sempre que as exigências procedimentais tenham sido preteridas ou incorrectamente realizadas.²

Pela felicidade do raciocínio, cabe aqui citar Ihering, “a forma é a inimiga jurada do arbítrio, a irmã gémea da liberdade” mas, ainda que não se votasse pela metáfora da gémea da liberdade, a liberdade, além da forma, tem que se reportar a um conteúdo substantivo concreto, não se duvida de que a forma é inimiga do arbítrio, tanto mais que, como é sabido, é

através da observância dos requisitos de forma estabelecidos pela lei que o direito adjectivo assegura a tutela da do particular.

A sujeição da administração militar a regras procedimentais legalmente estabelecidas permite um maior controlo da sua actuação bem como a participação dos particulares na formação das decisões que lhe digam directamente ou indirectamente respeito, nos termos do artº267º, nº 5 da CRP e dos artº7 e 8º do CPA.

A participação dos interessados no procedimento administrativo tem, contudo, limites significativos no âmbito da administração militar, atendendo à especificidade deste sector da Administração Pública, no qual, por razões que se prendem com a missão que prossegue, vigoram os princípios da hierarquia e da disciplina, que passos atrás mencionámos.

Sem prejuízo destas especificidades, a procedimentalização constitui outra vinculação jurídico-pública, a par do respeito pela Constituição, pela lei e princípios gerais de Direito.³

Conclusões

Após estas breves considerações, sobre o reconhecimento das especificidades da administração militar e os seus reflexos no direito administrativo cumpre-nos apenas concluir que:

A autonomia científica e o reconhecimento jurídico de um determinado ramo especial do direito administrativo, não se edifica apenas, através do trabalho académico, realizado por aqueles a quem ao seu estudo, única e exclusivamente, se dedicam.

Ela constrói-se e reconhece-se, pela lei, e na verificação fáctica de normas e procedimentos que a têm em grande consideração, sendo exemplo disso, os múltiplos mecanismos próprios da administração militar, que a lei consagra e apoia.

A necessidade da assessoria jurídica de militares, nos tribunais comuns e administrativos, para tomada de decisões dos magistrados, em matérias do foro militar, e a consagração no Código dos Contratos Públicos da exclusão das suas regras, no domínio da segurança e defesa, são apenas alguns, dos inúmeros exemplos identificáveis.

Não é necessário, mais para considerar o Direito administrativo militar como ramo especial do Direito administrativo.

Face ao exposto, admitimos que foi com alguma decepção, que na recente obra “Tratado de Direito Administrativo Especial” com coordenação científica do Professor Paulo Otero e Pedro Gonçalves, vimos mais uma vez, votado ao esquecimento, este ramo especial de direito administrativo.

Esperamos ansiosamente, que um eventual, volume III do “Tratado de Direito Administrativo Especial”, ou obra singular, só a ele respeitante, traga ao mundo académico o conhecimento de tão importante ramo.

¹ De referir, os processos pós-traumáticos de guerra.

² Cfr. Vasco Pereira da Silva, Em busca do Acto Administrativo Perdido, Coimbra, 1996, pp.390 e segs. Em especial 399 e 400.

³ No mesmo sentido, mas numa diferente perspectiva, referindo-se à administração em geral, nomeadamente quando actua sob formas jurídico-privadas., v. Maria João Estorninho, A fuga para o Direito Privado, Coimbra, 1996, pp.241 e segs.

O PORTE E USO DE DROGAS EM QUARTÉIS

O Código Penal Militar e o Princípio da Insignificância

Ailton José da Silva

Aos conhecedores do Código Penal Militar soa com muita estranheza, a menção de aplicabilidade do princípio da insignificância nos delitos apurados pela Justiça Militar.

Todavia, em uma leitura atenta dos dispositivos do Código Penal Militar, pode-se nominar, ainda que comporte discussões, alguns institutos como acolhedores do referido princípio.



Ailton José da Silva
Promotor da Justiça Militar,
lotado no 3º Ofício da Procuradoria da Justiça Militar no Rio de Janeiro-RJ

De maneira que podemos apontar como exemplo os seguintes:

Art. 209, § 6º – Lesões levíssimas.

Art. 240, § 1º – Furto Atenuado.

Art. 250.

Art. 253

Art. 254, parágrafo único – Receptação

Art. 255, parágrafo único – Receptação Culposa

Art. 260 e parágrafo único – Dano

Na interpretação dos respectivos dispositivos percebe-se que a Comissão do Projeto do Código Penal Militar, teve a clara intenção de não impor sanções àquelas condutas cujo contexto e repercussão não contrariassem a índole do processo penal militar.

É certo que a revisão feita pelo Ministro Nelson Hungria, que era o autor do anteprojeto do Código Penal na época, teve profunda influência na redação de tais dispositivos, até porque se buscava o máximo de unidade às leis penais.

Dessa forma, pode-se afirmar que o princípio da insignificância incide sobre fatos delituosos definidos no Código Penal Militar, observadas as restrições dos princípios que informam a própria especificidade da Justiça Militar.

Neste Sentido, diversos acórdãos do STF e STM são esclarecedores:

“DIREITO PROCESSUAL PENAL E PENAL MILITAR. HABEAS CORPUS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ART. 195, CPM. ABANDONO DE SER-

VIÇO. FALTA DE JUSTA CAUSA. DENEGAÇÃO.

1. A questão de direito tratada neste writ diz respeito à possibilidade de se reconhecer a atipicidade da conduta dos pacientes com base no princípio da insignificância, já que foram denunciados como incurso nas sanções do art. 195, do Código Penal Militar. Há, também, tese de falta de justa causa relativamente ao paciente Sandro que, nos termos da inicial deste writ, não teria participado ou concorrido de algum modo para a prática do crime. 2. Relativamente ao primeiro fundamento da impetração do writ - consistente na ausência de justa causa para o recebimento da denúncia -, a matéria envolve apreciação de acervo probatório produzido durante o inquérito e o procedimento administrativo-disciplinar. 3. As condutas dos pacientes foram suficientemente individualizadas, ao menos para o fim de se concluir no sentido do juízo positivo de admissibilidade da imputação feita na denúncia. 4. Há substrato fático-probatório suficiente para o início e desenvolvimento da ação penal pública de forma legítima. Não há dúvida de que a justa causa corresponde à uma das condições de procedibilidade para o legítimo exercício do direito de ação penal. 5. Não ocorrendo ofensa ao bem jurídico tutelado pela norma penal, por ser mínima (ou nenhuma) a lesão, há de ser reconhecida a excluyente de atipicidade representada pela aplicação do princípio da insignificância. O comportamento passa a ser considerado irrelevante sob a perspectiva do Direito Penal diante da ausência de ofensa ao bem jurídico protegido. 6. O fato insignificante (ou irrelevante penal) é excluído de tipicidade penal, podendo, por óbvio, ser objeto de tratamento mais adequado em outras áreas do Direito, como ilícito civil ou falta administrativa. 7. Devido à sua natureza especial, o Direito Penal Militar pode abrigar o princípio da insignificância com maior rigor, se comparado ao Direito Penal Comum. Assim, condutas que podem, teoricamente, ser consideradas insignificantes para o Direito Penal Comum não o são para o Direito Penal Militar, devido à necessidade da preservação da disciplina e hierarquia militares. 8. Considero que os vetores para aplicação do princípio da insignificância - ausência de periculosidade social da ação, a mínima ofensividade da conduta do agente, a inexpressividade da lesão jurídica causada, e falta de reprovabilidade da conduta - não se revelam presentes na hipótese ora em julgamento. Consoante o critério da tipicidade material (e não apenas formal), excluem-se os fatos e comportamentos reconhecidos como de bagatela, nos quais têm perfeita aplicação o princípio da insignificância. 9. Habeas corpus denegado.”

(HC 94931, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Segunda Turma, julgado em 07/10/2008, DJe-216 DIVULG 13-11-2008 PUBLIC 14-11-2008 EMENT VOL-02341-03 PP-00453)



foto: Vangelis_Thomaidis

“FURTO

I- O pequeno valor, estabelecido no §1º, do art. 240 do CPM, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, que, em seu art. 7º, IV, veda a vinculação ao salário-mínimo para qualquer fim.

II- O princípio da insignificância não é aplicável à espécie, dado que o valor dos objetos furtados faz diferença nos vencimentos das vítimas.

III- Pretensão da defesa de desclassificar o delito para apropriação indébita, inviável de ser aceita, pois no recinto de um alojamento de militares nada se encontra acidentalmente, vez que lá tudo tem um dono, a lei fixa um prazo para a apresentação de coisa achada à autoridade competente.

IV- Recurso ministerial provido para condenar-se o recorrido, declarando-se a extinção de sua punibilidade pela ocorrência da prescrição da pretensão punitiva do Estado.

V- Decisão uniforme.”

(Apelação nº 2007.01.050514-8, Relator: Min. Sergio Ernesto Alves Conforto, julgado em 02/06/2009, publicado em 01/07/2009)

Diante de tais acórdãos podemos concluir que ainda não há posição firmada em definitivo, muito embora a avaliação do enquadramento no que se pode definir como insignificante seja intimamente relacionada à prova.

Questão muito controversa temos no disposto no art. 290 do Código Penal Militar e a aplicação do princípio da insignificância.

Assim define a lei:

“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.”

O Supremo Tribunal Federal decide tanto pela aplicação como pela exclusão do princípio.

“Habeas corpus. Constitucional. Penal Militar e Processual Penal Militar. Porte de substância entorpecente em lugar sujeito à administração militar (art. 290 do CPM). Não-aplicação do princípio da insignificância aos crimes relacionados a entorpecentes. Precedentes. Inconstitucionalidade e revogação tácita do art. 290 do Código Penal Militar. Não-ocorrência. Precedentes. Habeas corpus denegado. 1. É pacífica a jurisprudência desta Corte Suprema no sentido de não ser aplicável o princípio da insignificância ou bagatela aos crimes relacionados a entorpecentes, seja qual for a qualidade do condenado. 2. Não há relevância na arguição de inconstitucionalidade considerando o princípio da especialidade, aplicável, no caso, diante da jurisprudência da Corte. 3. Não houve revogação tácita do artigo 290 do Código Penal Militar pela Lei nº 11.343/06, que estabeleceu o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas, bem como normas de prevenção ao consumo e repressão à produção e ao tráfico de entorpecentes, com destaque para o art. 28, que afasta a imposição de pena privativa de liberdade ao usuário. Aplica-se à espécie o princípio da especialidade, não havendo razão para se cogitar de retroatividade da lei penal mais benéfica. 4. Habeas corpus denegado e liminar cassada.”

(HC 91759, Relator(a): Min. MENEZES DIREITO, Primeira Turma, julgado em 09/10/2007, DJe-152 DIVULG 29-11-2007 PUBLIC 30-11-2007 DJ 30-11-2007 PP-00077 EMENT VOL-02301-03 PP-00547)

“HABEAS CORPUS. PENAL MILITAR E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA USO PRÓPRIO PREVISTO NA LEI N. 11.343/06: LEI MAIS BENÉFICA. NÃO-APLICAÇÃO EM LUGAR SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR: ART. 290 DO CÓDIGO PENAL MILITAR. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO.

1. O art. 290 do Código Penal Militar não sofreu alteração em razão da superveniência da Lei nº 11.343/06, por não ser o critério adotado, na espécie, o da retroatividade da lei penal mais benéfica, mas sim o da especialidade. O cuidado constitucional do crime militar - inclusive do crime militar impróprio de que aqui se trata - foi previsto no art. 124, parágrafo único, da Constituição da República. Com base nesse dispositivo legitima-se, o tratamento diferenciado dado ao crime militar de posse de entorpecente, definido no art. 290 do Código Penal Militar. 2. A jurisprudência predominante do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reverenciar a especialidade da legislação penal militar e da justiça castrense, sem a submissão à legislação penal comum do crime militar devidamente caracterizado. 3. Habeas corpus denegado.”

(HC 91767, Relator(a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 04/09/2007, DJe-121 DIVULG 10-10-2007 PUBLIC 11-10-2007 DJ 11-10-2007 PP-00041 EMENT VOL-02293-02 PP-00285 RTJ VOL-00204-02 PP-00804 RT v. 97, n. 868, 2008, p. 532-535 RF v. 104, n. 399, 2008, p. 413-416)

De outro lado:

““HABEAS CORPUS” IMPETRADO POR MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA - PORTE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - CRIME MILITAR (CPM, ART. 290) - PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA - IDENTIFICAÇÃO DOS VETORES CUJA PRESENÇA LEGÍTIMA O RECONHECIMENTO DESSE POSTULADO DE POLÍTICA CRIMINAL - CONSEQÜENTE DESCARACTERIZAÇÃO DA TIPICIDADE PENAL EM SEU ASPECTO MATERIAL - DELITO DE POSSE DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - QUANTIDADE ÍNFIMA, PARA USO PRÓPRIO - DELITO PERPETRADO DENTRO DE ORGANIZAÇÃO MILITAR - CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - DOCTRINA - PRECEDENTES - PEDIDO DEFERIDO. “HABEAS CORPUS” IMPETRADO, ORIGINARIAMENTE, PERANTE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, POR MEMBRO DO MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. LEGITIMIDADE ATIVA RECONHECIDA. DOCTRINA. JURISPRUDÊNCIA. - O representante do Ministério Público Militar de primeira instância dispõe de legitimidade ativa para impetrar “habeas corpus”, originariamente, perante o Supremo Tribunal Federal, especialmente

para impugnar decisões emanadas do Superior Tribunal Militar. Precedentes. O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA QUALIFICA-SE COMO FATOR DE DESCARACTERIZAÇÃO MATERIAL DA TIPICIDADE PENAL. - O princípio da insignificância - que deve ser analisado em conexão com os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado em matéria penal - tem o sentido de excluir ou de afastar a própria tipicidade penal, examinada na perspectiva de seu caráter material. Doutrina. Tal postulado - que considera necessária, na aferição do relevo material da tipicidade penal, a presença de certos vetores, tais como (a) a mínima ofensividade da conduta do agente, (b) a nenhuma periculosidade social da ação, (c) o reduzidíssimo grau de reprovabilidade do comportamento e (d) a inexpressividade da lesão jurídica provocada - apoiou-se, em seu processo de formulação teórica, no reconhecimento de que o caráter subsidiário do sistema penal reclama e impõe, em função dos próprios objetivos por ele visados, a intervenção mínima do Poder Público. O POSTULADO DA INSIGNIFICÂNCIA E A FUNÇÃO DO DIREITO PENAL: “DE MINIMIS, NON CURAT PRAETOR”. - O sistema jurídico há de considerar a relevantíssima circunstância de que a privação da liberdade e a restrição de direitos do indivíduo somente se justificam quando estritamente necessárias à própria proteção das pessoas, da sociedade e de outros bens jurídicos que lhes sejam essenciais, notadamente naqueles casos em que os valores penalmente tutelados se exponham a dano, efetivo ou potencial, impregnado de significativa lesividade. O direito penal não se deve ocupar de condutas que produzam resultado cujo desvalor - por não importar em lesão significativa a bens jurídicos relevantes - não represente, por isso mesmo, prejuízo importante, seja ao titular do bem jurídico tutelado, seja à integridade da própria ordem social. APLICABILIDADE, AOS DELITOS MILITARES, INCLUSIVE AO CRIME DE POSSE DE QUANTIDADE ÍNFIMA DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE, PARA USO PRÓPRIO, MESMO NO INTERIOR DE ORGANIZAÇÃO MILITAR (CPM, ART. 290), DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. - A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem admitido a aplicabilidade, aos crimes militares, do princípio da insignificância, mesmo que se trate do crime de posse de substância entorpecente, em quantidade ínfima, para uso próprio, ainda que cometido no interior de Organização Militar. Precedentes.” (HC 94809, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 12/08/2008, DJe-202 DIVULG 23-10-2008 PUBLIC 24-10-2008 EMENT VOL-02338-04 PP-00644)

Já no Superior Tribunal Militar não se admite a aplicação do princípio da insignificância no que pertence ao delito do art. 290 do Código Penal Militar.

“APELAÇÃO. SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA EM PODER DO APELANTE EM ÁREA SUJEITA À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. INFRINGÊNCIA DO ART. 290 DO CPM. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO “A QUO”. INCONTTESTES AUTORIA E MATERIALIDADE.

- Inaplicabilidade do princípio da insignificância nos casos de uso e porte de entorpecente no âmbito especialíssimo da Justiça Militar. Nesse ponto, não há como acatar a aplicação desse princípio na conduta daqueles que, mesmo em caráter temporário, integram os quadros das Forças Armadas, que têm a missão precípua de garantir a soberania do Estado. Portanto, a periculosidade social da ação e o grau de reprovabilidade do comportamento devem ser analisados tendo-se em mente o âmbito da convivência militar e não o contexto da vida na sociedade civil. Destarte, existem valores intrínsecos ao meio castrense e princípios próprios que não podem ser afastados por valores e princípios aplicáveis na sociedade civil em geral.

- Improvimento ao Apelo defensivo. Decisão por maioria.”
(Apelação nº 2009.01.051285-3, Relator: Min. José Alfredo Lourenço dos Santos, julgado em 07/10/2009, publicado em 10/12/2009)

Após atenta compreensão dos argumentos expostos pelas referidas decisões, verificamos que a validade dos mesmos são muito eloquentes.

Na opinião deste subscritor, como já antecipado, o princípio da insignificância, até por expressa disposição legal, tem aplicação na Justiça Militar.

Todavia sua aplicação é restrita e não comporta a hipótese do art. 290 do Código Penal Militar.

A legislação penal e processual penal militar buscam regular os crimes militares e respectiva ação penal, para apuração dos delitos que de alguma forma atentem contra a disciplina e hierarquia militar.

Embora essa afirmação seja muito repetida, ela é essencial para se atender o porquê da redação.

Como ponto de partida verifica-se que uma elementar, por sinal, a fundamental para configuração do crime militar é: “em lugar sujeito à administração militar”, ou seja, somente os locais legalmente abrangidos nesta definição: quartéis, embarcações, aeronaves, hospitais, etc.

Pode-se então concluir que se trata de um delito que se verifica no local de trabalho do militar, no local do exercício das atividades essenciais a existência das Forças Ar-

madadas.

Diante dessa constatação e de que o crime só ocorra no local de trabalho e durante o expediente, a conclusão de inaplicabilidade do princípio da insignificância é inerente, ou mesmo incontestada, data máxima vênia, dos que têm outra conclusão.

Mesmo na esfera do Código Penal, não há como reconhecer, por exemplo, que um operador de máquinas, seja lá qual for, em pleno local de trabalho, flagrado com entorpecente, possa se enquadrar na definição de insignificância da conduta.

Imaginem então um motorista profissional; um condutor de embarcações ou piloto; um membro das carreiras jurídicas de Estado em seu gabinete ou em audiência; um operador de sinais de trânsito; um médico; enfim tantos outros profissionais, talvez todos, que durante o seu expediente e no seu local de trabalho sejam flagrados com entorpecentes.

Como entender que tais condutas possam atender aos requisitos, ou critérios, para se reconhecer o princípio da insignificância (ausência de periculosidade social da ação, a mínima ofensividade da conduta do agente, a inexpressividade da lesão jurídica causada, e a falta de reprovabilidade da conduta).

De maneira que a vedação da aplicação do princípio da insignificância nos delitos que se enquadram no art. 290 do CPM, decorre da própria especialidade da Justiça Militar e tem íntima e preponderante vinculação ao local de trabalho e horário de expediente.

A especialidade do Direito Penal Militar, as consequências dos atos verificados dentro de uma Unidade Militar extrapolam os estreitos limites do nome jurídico do tipo legal.

Embora se objete que o delito do artigo 290 do Código Penal Militar é um crime contra a saúde ingressando até na esfera da intimidade, ou auto lesão, necessário se entender que o mundo jurídico é um sistema, não podendo ser interpretado isoladamente, razão pela qual é incontestável o reconhecimento de implicações nefastas e perigo inafastável, jamais insignificante, decorrente do flagrante de entorpecente dentro de Unidades Militares.

Admitidas as premissas expostas não há como se concluir pela possibilidade de aplicabilidade do referido princípio.

O PROBLEMA DO PORTE E DO CONSUMO DE DROGAS E O DIREITO MILITAR: HIERARQUIA E DISCIPLINA E O PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA

Alexandre Lobão Rocha



Alexandre Lobão Rocha
Defensor Público Federal
de Categoria Especial
Mestre em Direito e
Políticas Públicas

1. Introdução

A abordagem do tema objeto deste trabalho parte de uma breve noção do ordenamento jurídico do ponto de vista macropolítico, isto é, como elemento fundamental para a existência e configuração do Estado moderno e suas relações com a sociedade.

Estabelecida essa perspectiva, introduz-se o sistema micropolítico que, neste caso específico, envolve a organização das Forças Armadas, como parte deste sistema, porém com seu ordenamento jurídico peculiar construído sobre rígidos princípios de disciplina e hierarquia, que afastariam construções doutrinárias e jurisprudenciais comumente admitidas pelo ordenamento jurídico penal comum, como a incidência do princípio da insignificância.

Analisa-se o princípio da subsidiariedade no âmbito do ordenamento jurídico militar, segundo sua divisão em dois campos: o Direito Administrativo Militar e o Direito Penal Militar. Identifica-se o princípio da subsidiariedade no campo da Legislação Penal Militar e sua relação informativa com o princípio da insignificância, antecipado nessa legislação em expressas disposições.

A abordagem do princípio da insignificância focaliza sua conceituação como critério de interpretação restritiva dos tipos penais, distinguindo-o do princípio da irrelevância penal. Nesse ponto, procede-se ao exame crítico doutrinário da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, quando procura definir “vetores” que condicionariam a aplicação e extensão do princípio da insignificância.

Propõe-se uma análise específica e multidisciplinar do problema das drogas, segundo o ponto de vista científico da comunidade internacional traduzido em estudo da Organização Mundial de Saúde. Esse ponto de vista serve de fio condutor para a discussão proposta sobre o tratamento jurídico penal militar a ser aplicado aos casos concretos e o entendimento do tema manifestado na jurisprudência do S.T.M. e do S.T.F.

Finalmente, são apresentadas as conclusões, com ênfase para o que seria um erro metodológico no enfrentamento do problema do porte de drogas e a aplicação dos referidos

princípios, o que teria repercussões no campo dos direitos humanos elementares e, particularmente, dos direitos fundamentais da ampla defesa e do devido processo legal.

2. Aspectos políticos do ordenamento jurídico e a adequação social da sua aplicação

Não há dúvida de que as diversas configurações dos Estados modernos têm em comum o fato de ser estabelecidas a partir dos seus ordenamentos jurídicos, que traduzem as relações do Estado com a sociedade, inclusive quanto às formas de institucionalização da ordem interna.

Essas relações são definidas em função do jogo das demandas sociais que condicionam a necessidade de maior ou menor intervenção do Estado, de acordo com a capacidade de articulação das forças interessadas em influenciar as ações de governos. Enfatize-se que a atuação do Estado tem como parâmetro imperativo da sua legitimidade a adequação social do seu papel interventor, segundo contingências históricas que se apresentam. As transformações são naturais e ocorrem por intermédio da mobilização de setores organizados da sociedade, que pressionam a atividade legislativa.

Contudo, também é fato que, no campo do Direito, são inúmeras as alterações legislativas que tiveram por base a interpretação doutrinária e a construção jurisprudencial dos tribunais. Sob esta ótica, a atuação dos tribunais tem um inevitável componente de natureza política, pois serve de fonte às alterações posteriores operadas no plano legislativo. Portanto, pode-se afirmar que, a exemplo de outras funções públicas com atuação no campo do Direito, o magistrado é, de fato, um operador político-social do ordenamento jurídico, principalmente em Primeira Instância por força da sua proximidade com a realidade dos casos concretos. E essa percepção tem repercussão crucial sobre o desenvolvimento do tema.

3 - As Forças Armadas e os princípios de disciplina e hierarquia

As Forças Armadas e sua missão estão localizadas no primeiro elemento da estrutura básica do Estado, ou seja, a Constituição. E, a exemplo do que ocorre nas democracias modernas, no Brasil cabe-lhes precipuamente a defesa da Pátria (soberania nacional), dos poderes constituídos e, por iniciativa destes, da lei e da ordem (art. 142), para o que detêm o monopólio do uso da força. Seus Comandantes integram o Conselho de Defesa Nacional (art. 91, VIII).

Para cumprimento dessa grave missão constitucional, é imprescindível a institucionalização de rígidos princípios de disciplina e hierarquia, o que se dá pelo ordenamento jurídico infraconstitucional, ou seja, por intermédio de leis e decretos. Esses princípios doutrinários são vitais para o seu desempenho e são encontrados, em um primeiro plano imediato, no ordenamento jurídico do campo do Direito Administrativo Militar que as organiza e estrutura, tais como o Estatuto dos Militares, a Lei do Serviço Militar e seu Regulamento, os regulamentos disciplinares etc. São esses rígidos princípios que servem de sustentáculo à cadeia de comando que, por sua vez, é o pressuposto vital para o eficaz cumprimento da sua missão.

Deduz-se daí que é esse ordenamento jurídico administrativo, de eficácia imediata, posto que aplicado no próprio âmbito das próprias Forças Armadas, que prioritariamente deve atuar pela cadeia de comando de forma a preservar os referidos princípios. Entretanto, dadas as peculiaridades políticas e sócio-culturais do nosso País, não se atenta à constatação de que essas mesmas Forças Armadas historicamente sempre desempenharam outras funções no âmbito interno. E aqui importa realçar suas ações de integração territorial e de populações de lugares remotos, socialização e profissionalização de seus integrantes temporários, particularmente por intermédio do serviço militar obrigatório. Destaque-se seu papel como agente de integração social e profissionalizante de imensas parcelas advindas de camadas carentes, que constituem a maioria da nossa população. Quantos se iniciaram em algum ofício por ocasião do serviço militar? E esses evidentes fatores de caráter integrador e profissionalizante vêm sendo esquecidos, quando deveriam ser levados em conta no momento da intervenção do ordenamento jurídico militar, que se ressentido de revisão e atualização já sinalizadas pela jurisprudência. Na verdade, o que se constata é que os estrategistas estatais ignoram que as Forças Armadas só têm a ganhar com o resgate e o incremento desse seu papel de agente de inclusão social de significativas parcelas da nossa população.

4. O caráter subsidiário do Direito Penal Militar

Complementando o ordenamento jurídico militar, tem-se o Código Penal Militar, como instrumento de maior poder coercitivo e também voltado para a preservação dos princípios da disciplina e da hierarquia, porém já no campo do Direito Penal Especial e aplicado no âmbito do Poder Judiciário Federal (art. 122 a 124 da C.F.). E é exatamente em razão dessa especialidade do campo, que o Direito Penal Militar, como sistema de normas de maior potencial coativo e repressivo, tem sua incidência condicionada por um apurado juízo crítico de valor orientado pelo imperativo da estrita necessidade verificada em cada caso concreto, pois tem a especial característica de funcionar como recurso extremo de preservação e manutenção dos rígidos princípios de disciplina e da hierarquia. Em suma, sua intervenção funcionaria subsidiariamente ao ordenamento jurídico administrativo militar.

O princípio da subsidiariedade, também denominado de fragmentariedade, na verdade é um princípio genérico do campo do Direito e já podia ser detectado em máximas do Direito Privado romano, tal como no princípio de *minimis non curat praetor* (em livre tradução, o juiz não cuida de coisas insignificantes). Contudo, na especialidade do campo do Direito Penal, sua formulação deve-se ao Direito Penal alemão e foi elaborada já no século XX, tendo em vista da adequação social decorrente da situação de penúria de grande parte da população alemã, resultante das devastadoras conseqüências da 2ª Grande Guerra¹. Os pequenos furtos atingiram índices alarmantes em vista das circunstâncias de miséria e desemprego, evidenciando a necessidade de uma nova postura de interpretação doutrinária e jurisprudencial na aplicação do Direito Penal, particularmente no caso dos delitos patrimoniais,

sob pena de, em contrário, agravar ainda mais o quadro de sofrimento da maior parte da população desamparada.

Desde sua redação original, que remonta ao ano de 1969, o Código Penal Militar contém dispositivos diversos que deixam evidente seu caráter fragmentário, em normas de conteúdo realmente precursor, que antecipam a adoção do princípio da bagatela ou insignificância em nosso ordenamento jurídico. Isto está evidente nos crimes contra a vida (lesão corporal levíssima - art. 209, § 6), nos crimes contra o patrimônio (furto atenuado - art. 240, §§ 1º e 2º; apropriação indébita - art. 250; na receptação - arts. 254, parágrafo único; no dano - art. 260) e nos crimes contra a administração militar (emissão de cheques sem suficiente provisão de fundos - art. 313, § 2º). Dadas as circunstâncias do caso concreto, já havia a previsão alternativa de não considerar o fato como crime e sim como infração disciplinar. Ou seja, em tais casos sempre houve possibilidade de exclusão da tipicidade penal militar, subsistindo, eventualmente, a tipicidade da infração administrativa em razão da valoração do grau do injusto no caso concreto. A avaliação do juiz do grau do injusto pode levar à exclusão da própria tipicidade penal. Portanto e ainda no que diz respeito à subsidiariedade, a linha adotada pelo C.P.M. confirma o entendimento de que “o direito penal tem a finalidade de impedir danos sociais, que não podem ser evitados com outros meios, menos gravosos.”²

Já o Código Penal Comum, na sua redação original, continha disposições que, presentes determinados pressupostos, facultavam ao juiz deixar de aplicar a pena, como no caso dos crimes contra a honra (injúria - art. 140, § 1º) e crimes contra a família (subtração de incapazes - art. 249, § 2º). Outras hipóteses foram acrescentadas posteriormente pelas Leis nºs. 6.416/77 (homicídio culposo - art. 121, § 5º), 6.898/81 (parto suposto - art. 242, parágrafo único), 8.069/90 (lesão corporal culposa - art. 129, § 8º), 9.426/96 (receptação - art. 180, § 5º) e 9.983/2000 (apropriação indébita previdenciária - art. 168-A, § 3º, e sonegação de contribuição previdenciária - art. 337-A, § 2º). Observe-se que aqui a fragmentariedade não leva à exclusão da tipicidade penal e sim à possibilidade de o juiz excluir a aplicação da pena. A avaliação do grau de injusto no caso concreto pode levar à exclusão da sanção pela inadequação do aspecto retributivo da pena.

5. O princípio da insignificância

Apenas a guisa de sucinta referência histórica, não há dúvida de que sua formulação deu-se na Alemanha. Pelo menos parte da doutrina³ já o identificava na teoria da adequação social da conduta, de WELZEL⁴, o que é reconhecido por ROXIN, reconhecido como um dos formuladores do conceito do princípio da insignificância. TIEDMANN denominou-o princípio da bagatela, partindo do princípio da proporcionalidade, que estaria subjacente a toda intervenção do Estado no campo penal. Nessa linha, o princípio da insignificância funcionaria como um critério de interpretação restritiva dos tipos penais, que pode levar à exclusão mesmo liminar da tipicidade penal.

² Cf. ROXIN, Claus. Estudos de Direito Penal. Ed. Renovar, 2008, p. 12-13 e 35.

³ Ver, por exemplo, GOMES, Luiz Flávio. O princípio da insignificância e outras excludentes de tipicidade. São Paulo: Ed. RT, 2009, p. 22.

⁴ Ver, por exemplo, WELZEL, Hans. O novo sistema jurídico-penal: uma introdução à doutrina da ação finalista. São Paulo: Ed. RT, 2001, p. 58-61.

Sem dúvida, a carga de subjetividade envolvida na avaliação judicial do que seja insignificante é evidente e remete inevitavelmente às circunstâncias de cada caso concreto examinado, pois o conceito é produto da construção doutrinária e jurisprudencial, o que explicaria sua categorização como excludente supralegal. Daí advém um problema latente que está em definir-lhe os limites de extensão. E a polêmica já demandou manifestações do Supremo Tribunal Federal, que não tem escapado às dificuldades em pacificá-la. As primeiras discussões remontariam ao ano de 1988, quando a incidência do princípio foi admitida em um caso de lesão corporal culposa em acidente de trânsito (RHC nº. 66.869-PR, Rel. Min. ALDIR PASSARINHO)¹. Atualmente, não obstante as oscilações eventuais, os parâmetros de aplicabilidade do princípio da insignificância emergem da Decisão proferida no HC 84.412-SP, que teve como relator o Ministro CELSO DE MELLO. De acordo com o entendimento da Suprema Corte, seriam quatro os critérios determinantes da incidência: 1. Ausência de periculosidade social da ação; 2. Mínima ofensividade da conduta do agente; 3. A inexpressividade da lesão jurídica causada; 4. Falta de reprovabilidade da conduta.

Não há dúvida de que a mencionada Decisão representa um marco evolutivo do reconhecimento do princípio pela jurisprudência brasileira. Ainda assim, o equacionamento não é pacífico, pois são cabíveis algumas observações críticas, conforme já apontou a doutrina. Em primeiro lugar, não ficou claro se os chamados vetores de aplicabilidade devem estar presentes cumulativamente ou não. Em segundo lugar, esses mesmos vetores dizem respeito a elementos distintos do crime, ou seja, três deles indicariam critérios relativos de avaliação da conduta (periculosidade social da ação, mínima ofensividade da conduta, falta de reprovabilidade da conduta) e um ao resultado (inexpressividade da lesão causada)².

Quanto ao primeiro questionamento relativo à cumulação dos vetores, basta que se tenha em vista que há crimes sem resultado material - como os chamados “crimes de perigo” - para, de antemão, perceber que não podem e não devem ser aplicados cumulativamente, pois, nestes casos, não há ofensa material ao bem jurídico tutelado ou expressividade da lesão a ser avaliada. Quanto ao segundo questionamento - referência a elementos distintos do crime como a conduta e ao resultado -, pelo mesmo motivo já apontado, a tentativa de sistematização não escapa da generalização, já que não distingue o princípio da insignificância do princípio da irrelevância penal.

Ao tratar do problema, GOMES³ aponta para a constatação de que há muito se confunde o princípio da insignificância com o princípio da irrelevância penal. E propõe uma fórmula de esclarecimento a partir da conceituação do que seja infração bagatela, que, conforme o caso, levaria à aplicação do princípio da insignificância (atipicidade do fato) ou da irrelevância penal (exclusão da pena):

“[Infração bagatela] é uma conduta ou um ataque ao bem jurídico tão irrelevante que não requer (ou não necessita) intervenção penal. Resulta desproporcional a intervenção

penal nesse caso. O fato insignificante, destarte, deve ficar reservado para outras áreas do Direito (civil, administrativo, trabalhista etc.)”⁴.

E daí deriva duas espécies de infração bagatela: a infração bagatela própria, que, na sua origem, já não atende aos requisitos básicos da tipicidade material, seja porque não há um relevante desvalor da ação (conduta) ou um relevante resultado jurídico. E, nesses casos, a tipicidade pode e deve ser excluída liminarmente. Já na infração bagatela imprópria o fato surge relevante para o Direito penal. Contudo, revela-se posteriormente que a incidência de uma sanção é desnecessária. Daí a sua exclusão. Note-se, portanto, que a infração bagatela própria estaria para a incidência do princípio da insignificância como a infração bagatela imprópria estaria para o princípio da irrelevância penal.

A partir desse enfoque, conclui-se que as disposições do Código Penal Militar, que facultam ao juiz considerar a infração como disciplinar, tratariam de infrações bagatelares próprias e expressamente admitem o princípio da insignificância. Já aquelas do Código Penal Comum, que autorizam a exclusão da pena, dizem respeito às infrações bagatelares impróprias e referem-se ao princípio da irrelevância penal.

Ainda assim, a sistematização proposta parte de um conceito de “infração bagatela” que, por seu próprio conteúdo subjetivo, é relativizada e, portanto, não é suficiente para definir um critério que permita distinguir, de antemão, que princípio é aplicável. Aliás, o próprio GOMES reconhece essas limitações⁵. A questão subsiste e a solução parece permanecer condicionada pelo exame de cada caso concreto.

5.2. O princípio da insignificância e o problema das drogas no Direito Penal Militar

Há algum tempo o problema do porte e do consumo de drogas vem ganhando nova dimensão no ambiente militar. A tentativa de “filtrar” o recrutamento e a resposta de penalização indiscriminada não se revelam satisfatórias, pois a incidência continua a aumentar⁶. É urgente rediscutir o problema com todas as suas implicações.

Em primeiro lugar e como é sabido, o exame da tipicidade dessas condutas remete inexoravelmente ao art. 290 do C.P.M., elaborado em função de uma realidade que também foi então considerada pelo legislador do Código Penal comum (antigo art. 281 do C.P.B.). Situações absolutamente diversas integram o mesmo tipo penal, como, por exemplo, o simples porte de qualquer quantidade de droga ilícita e o tráfico.

Também é assunto por demais repisado que a legislação penal comum sobre drogas sofreu alterações substanciais que a distanciaram cientificamente da legislação penal militar. A mais significativa e ainda objeto de discussão jurisprudencial veio com a Lei nº 11.343/06, que criou o “SISNAD” - Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas -, que prioriza objetivos de prevenção e reinserção social dos usuários e dependentes de drogas, superando a antiga política de mera resposta repressiva do Estado.

⁴ Ibidem, p. 15.

⁵ GOMES, Luiz Flávio, op. cit., p. 74.

⁶ Como membro da Defensoria Pública da União, o autor atua na Justiça Militar Federal e por isso mesmo vive essa realidade com seus colegas.

¹ Cf. CELIDONIO, Celso. O princípio da insignificância. In revista Direito Militar, nº 16, março abril, 1999.

Estudo organizado e publicado pela Organização Mundial de Saúde, intitulado “Neurociências: consumo e dependência de substâncias psicoativas”¹, tem como objeto central os mecanismos cerebrais envolvidos no consumo de drogas, considerando, ainda, os fatores sociais e ambientais relacionados ao problema que, por sua gravidade e conseqüências, demanda a intervenção do Estado em todo o mundo.

Dali se extrai que é consenso da comunidade científica internacional o entendimento de que o consumo e a dependência de drogas lícitas e ilícitas dependem de fatores de natureza biológica e genética, e não constitui “uma simples falta de vontade ou de desejo de se libertar”. Outro ponto de consenso reconhece que “O preconceito associado ao consumo e à dependência de substâncias psicoativas pode impedir procura de tratamento assim como a implementação de políticas adequadas relacionadas com prevenção e tratamento.”

Dados de 2004, do “Escritório das Nações Unidas contra Drogas e Crimes”, afirmam que “cerca de 200 milhões de pessoas consomem um ou outro tipo de substância ilícita.” Dentre estas, a cannabis é a mais vulgarmente utilizada, seguida das anfetaminas, da cocaína e dos opióides, registrando que, “entre 2000 e 2001 2,7% da população mundial e 3,9% das pessoas com 15 anos ou mais consumiram cannabis pelo menos uma vez.” E os sinais são de que tal fenômeno vem recrudescendo, o que põe em xeque o papel até agora desempenhado pelo Estado para combater o problema como demanda social crescente. A propósito, afirma o estudo da O.M.S.:

“A dependência de substâncias não foi reconhecida previamente como um transtorno do cérebro da mesma maneira que as doenças psiquiátricas e mentais também não o foram. Contudo, com os progressos recentes em neurociências, é evidente que tal dependência é um transtorno cerebral tanto quanto como qualquer doença neurológica ou psiquiátrica. Novas tecnologias de investigação permitem visualizar e medir alterações na função cerebral desde o nível molecular e celular a alterações em processos cognitivos complexos que ocorrem com o consumo de substâncias a curto e a longo prazo.”² (Gri- fei).

Nesse compasso, o “Código Internacional de Doenças” tem disposição que se aplica ao diagnóstico da dependência (“CID.10”).

Do que foi até aqui exposto conclui-se que o uso de substâncias ilícitas deve ser investigado caso a caso, sob pena de, em contrário, incorrer-se em erros gravíssimos e, em muitos casos, irreparáveis. Trata-se, antes de tudo, de um imperativo de consciência de caráter ético e moral, principalmente diante da perspectiva de incidência do ordenamento jurídico penal, que, como constatado, tem aplicação subsidiária. Aliás, caberia indagar: como persistir aplicando o art. 290 do Código Penal Militar ignorando o que já é consenso na comunidade científica internacional e está consolidado por esse organismo internacional? Não estaria em jogo a dignidade humana?

Enquanto o legislador não age, é dever da Justiça Militar construir solução jurisprudencial para responder ao problema de forma adequada à nova realidade, subsidiando a elaboração legislativa. E a aplicação dos princípios da

subsidiariedade e da insignificância podem ser ferramentas legítimas e úteis neste momento de transição.

Preliminarmente, urge garantir o direito elementar de todo acusado a ter a individualização da sua conduta apurada na forma da lei. E, no caso das drogas, os exames e as perícias são um poderoso instrumento legal e estão aí para essa finalidade. Só depois de afastadas dúvidas sobre a questão no campo da capacidade para o serviço militar e a imputabilidade penal é que se pode discutir a incidência da excludente supralegal (no caso, o princípio da insignificância).

Oportuno, recordar outra conclusão da O.M.S.: “Independentemente do nível de consumo e da substância utilizada, o indivíduo tem os mesmos direitos à saúde, à educação, a oportunidades de trabalho e de reintegração na sociedade como qualquer outro indivíduo.”

No que diz respeito à jurisprudência do S.T.M. e a aplicação do princípio da insignificância, nos casos de porte de pequena quantidade de drogas, resta consolidado o entendimento majoritário de que não tem cabimento. E os fundamentos derivam da interpretação dos princípios e valores peculiares à vida militar, como se constata, por exemplo, das ementas das Apelações nº 2007.01.050656-0 e 2009.01.051265-9.³

Na esfera do S.T.F., a jurisprudência está atualmente dividida, com a sua Primeira Turma sufragando tal posição⁴ e a Segunda Turma admitindo a incidência da insignificância.⁵ Aliás, desde 30 de outubro de 2008 (!), aguarda-se o pronunciamento do Plenário daquela Corte no HC 94.685, que enfrenta a referida divergência entre as Turmas.

A jurisprudência não tem atentado para o verdadeiro foco da questão reduzindo-a ao exame de incidência ou não do princípio da insignificância, e assim ignorando que o problema do usuário e do dependente de drogas é, antes de qualquer outra abordagem, uma questão médica-psiquiátrica. Esse fato científico incontestável, aliado ao princípio geral da subsidiariedade, situa, preliminarmente, o problema no campo do Direito Administrativo Militar (verificação da capacidade para o serviço militar) e, subsidiariamente, numa eventual etapa posterior, no campo do Direito Processual Penal Militar (verificação da imputabilidade penal por perícia).

Assim, identificado o praça portador ou usuário de pequena quantidade de droga, a providência legal preliminar, no âmbito de uma possível sindicância – procedimento de Direito Administrativo Militar – seria a verificação do seu grau individual de comprometimento médico-psiquiátrico para aferir sua capacidade para permanecer no serviço militar, segundo uma linha de priorização da recuperação e de reinserção social no meio militar. Caso identificado que o caso não recomendaria a permanência em razão de riscos para a vida na caserna, seria providenciada a desincorporação por incapacidade nos termos do art. 138, nº 2, combinado com o art. 140, nº 6 e §6º, do Decreto nº 57.654/66 – Regulamento da Lei do Serviço Militar.¹ Tal medida seria acompanhada de expressa notificação aos familiares do militar para que adotem as providências cabíveis no meio civil. Ainda que instaurado o Inquérito Policial Militar, o procedimento administrativo ou cópia deveria instruí-lo.

A mesma abordagem deveria ser dada aos casos já em tramitação na Justiça Militar, com a suspensão do processo para a realização do exame da capacidade para o serviço ativo. Dependendo do resultado, poderia operar-se o trancamento da ação penal em vista da falta de condição de procedibilidade pela incapacidade, ou, aí sim, aplicar-se o princípio da insignificância ou da irrelevância penal.

Cabe realçar, ainda, que embora não se tenha tratado aqui do caso de praças com estabilidade ou de oficiais, o enfoque deve ser o mesmo, porém observadas as peculiaridades específicas, porque, nestes casos e dependendo das circunstâncias, outras serão as conseqüências, o que incluiria a possibilidade de incidência do instituto da reforma, tal como também previsto no art. 140, § 6º, do referido Regulamento.

6. Conclusões

A existência no ordenamento jurídico militar de um Direito Administrativo Militar, de aplicação imediata no âmbito das Forças Armadas, e de um Direito Penal Militar, aplicável no âmbito do Poder Judiciário, evidenciam o caráter subsidiário deste último, de acordo, ainda, com os princípios da proporcionalidade e da ofensividade.

O C.P.M. contém expressa previsão de incidência do princípio da insignificância em tipos capitulados em diversos títulos, tutelando bens jurídicos variados, que admitem a possibilidade de considerar essas infrações como disciplinares, excluindo sua tipicidade penal para remetê-las subsidiariamente ao campo do Direito Administrativo Militar. Essa previsão do legislador põe termo a qualquer discussão sobre a incompatibilidade entre a aplicação do princípio da insignificância e a preservação dos princípios da disciplina e da hierarquia;

Os vetores de incidência do princípio da insignificância estabelecidos pelo S.T.F. não são de aplicação cumulativa, pois há delitos de perigo em que não se pode estabelecer objetivamente, por exemplo, o grau de ofensividade da conduta ou a expressividade da lesão jurídica. A referida Decisão do S.T.F., ao tentar sistematizar genericamente as hipóteses de aplicação do princípio da insignificância, não distingue os critérios de incidência deste princípio (que exclui a tipicidade penal) daqueles de incidência do princípio da irrelevância penal (que exclui a aplicação da sanção penal). E a incidência de ambos os princípios continua a depender das circunstâncias identificadas caso a caso.

O uso de drogas ilícitas é um distúrbio psiquiátrico, afirmado por conclusões da comunidade científica internacional (O.M.S.) e demanda investigação preliminar por exame específico que verifique a capacidade para o serviço militar, sem o que não é possível examinar-se a incidência de qualquer causa supralegal excludente da tipicidade (princípio da insignificância) ou da pena (princípio da irrelevância penal).

¹ “Art. 138. O serviço ativo das Forças Armadas, será interrompido:

2) pela desincorporação;”

“Art. 140. A desincorporação ocorrerá:

6) por moléstia ou acidente, que torne o incorporado temporariamente incapaz para o Serviço Militar, só podendo ser recuperado a longo prazo.

§ 6º No caso do número 6 deste artigo em que o incorporado for julgado “Incapaz B-2”, será ele desincorporado e excluído, fazendo jus ao Certificado de Dispensa de Incorporação, com inclusão prévia no excesso do contingente, ou ao Certificado de Reservista, de acordo com o grau de instrução alcançado. Terá aplicação, no que for cabível, o disposto no parágrafo 2º, deste artigo.”

³ Disponíveis em www.stm.jus.br.

⁴ Cf. HC 94.649.

⁵ Cf. HC 91.074.

¹ Organização Mundial de Saúde, 2004.

² Cf. o estudo da O.M.S., p. 13-14.

Crime militar de porte e uso de drogas: os efeitos de tal conduta para a vida em caserna.

Paulo Cesar Leal

RESUMO

Este artigo discute aspectos ligados ao crime militar de porte e uso de drogas, focalizando os efeitos dessa conduta para a vida na caserna. Na introdução, contextualiza-se o propósito e a abrangência deste estudo, esclarecendo tratar-se da visão de autor leigo em Ciências Jurídicas, porém experiente no exercício da profissão militar. Em seguida, abordam-se aspectos relativos ao marco legal atinente ao assunto. Prosseguindo, mostram-se as especificidades da profissão militar e os efeitos do crime em questão para as pessoas e para a coletividade, apontando-se o papel educativo exercido pelas Forças Armadas no que concerne a este tema. Na conclusão, explicita-se uma síntese dos aspectos tratados, enfatizando-se a importância dos princípios e valores militares para o cumprimento das atribuições das Forças Armadas e os potenciais efeitos nocivos do crime em estudo para essas instituições e para a sociedade.

Palavras-chave: crime; drogas; valores; princípios; Forças Armadas.

1 INTRODUÇÃO

O propósito deste artigo é focalizar os efeitos deletérios do crime de porte ou uso de drogas na caserna, seja para o estamento militar, seja para a sociedade em geral. Em que pese saber-se que tanto civis quanto militares sejam suscetíveis de incorrer nessa ação típica, antijurídica e culpável, pretende-se explorar, sob o ponto de vista de um membro das Forças Armadas, as nuances relacionadas ao envolvimento de militares com essa prática delituosa.

Não se pretende, portanto, tecer considerações acerca dos aspectos formais atinentes a esse crime militar segundo o ponto de vista das Ciências Jurídicas. A literatura especializada já produziu extenso material a esse respeito, mais adequado àqueles que se dedicam a essa área do conhecimento, situação em que o autor deste trabalho não se enquadra. Nesse sentido, prevaleceu sua experiência de mais de trinta anos de serviço prestados ao Exército Brasileiro, da qual se destaca o comando de dois batalhões, ambos com efetivo superior a setecentos militares.

O conteúdo deste trabalho expressa o ponto de vista do autor, não obstante valer-se, em algumas circunstâncias, de publicações oficiais do Exército.

2 O CÓDIGO PENAL MILITAR

Preliminarmente, sabe-se que o Código Penal Militar (CPM) tipifica o crime militar em pauta no seu art. 290, a saber:

Coronel do Exército Brasileiro. Bacharel em Ciências Militares pela Academia Militar das Agulhas Negras, RJ, 1983. Especialização em Política, Estratégia e Administração do Exército, pós-graduação universitária lato sensu, ministrado pela Escola de Comando e Estado-Maior do Exército, Rio de Janeiro, 2009. Chefe do Centro de Estudos e Formulação Estratégica da 7ª Subchefia do Estado-Maior do Exército.



- 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. (BRASIL, 1969)

Por oportuno, destaca-se a referência feita no caput desse artigo a “substância entorpecente, ou que determine dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar”. O foco do tipo penal objeto deste está na coibição da posse ou do uso de substâncias que possam comprometer a razão e o livre arbítrio dos indivíduos.

3 AS FORÇAS ARMADAS

A Constituição Federal de 1988 estabelece, em seu art. 142, que as Forças Armadas são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, destinadas à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e à garantia da lei e da ordem. Essas instituições são os recursos de que o Estado dispõe, em última instância, para o exercício do monopólio da violência em caso de conflito armado.

Em um mundo caracterizado pelo realismo político, no qual o sistema internacional se mantém anárquico, ainda prevalece o poder da força. Em decorrência disso, os Estados devem dispor de meios organizados, preparados, equipados e motivados. Esses meios são as Forças Armadas, as quais podem ser designadas, em sentido lato, pelo termo caserna, cujo significado pode também abranger a carreira militar, os militares e sua vida submetida a servidões específicas. Nesse sentido, a Carta a El Rei de Portugal, de Moniz Barreto, apresenta noções acerca da profissão militar.

Senhor, umas casas existem, no vosso reino onde homens vivem em comum, comendo do mesmo alimento, dormindo em leitos iguais. De manhã, a um toque de corneta, se levantam para obedecer. De noite, a outro toque de corneta, se deitam, obedecendo. Da vontade fizeram renúncia como da vida. Seu nome é sacrifício. Por ofício desprezam a morte e o sofrimento físico. [...] Quando eles passam juntos, fazendo barulho, os corações mais cansados sentem estremecer alguma coisa dentro de si. A gente conhece-os por militares... (BARRETO, 1893)

O respeito à hierarquia e à disciplina, o pronto acatamento das ordens, o culto aos valores e às tradições castrenses são verdadeiros guias da carreira das armas. Não poderia ser diferente para uma profissão que exige de seus integrantes, homens e mulheres, até mesmo o sacrifício da vida para o cumprimento de suas atribuições constitucionais. Tais fatores são cláusulas pétreas para as Forças Armadas.

4 OS MILITARES

Quem são os militares? Segundo a Constituição Federal (art. 144, parágrafo 3º), são os membros das Forças Armadas. São, portanto, os homens e mulheres fardados que integram essas Forças.

Recepcionado pelo texto constitucional, o Estatuto dos Militares (BRASIL, 1980) estabelece que esses profissionais das armas devem cumprir seu dever até mesmo com o sacrifício da própria vida, se preciso for. Em decorrência disso, todos eles prestam juramento solene em pacto de honra selado no alvorecer de sua vida em caserna, perante o Pavilhão Nacional. Que outra profissão impõe, ainda que em última instância, tal sacrifício extremo? De que meios o Estado lança mão a fim de emular esses servidores no cumprimento de seu dever? Certamente, os valores morais e os princípios éticos são exemplos desses instrumentos.

5 VALORES, DEVERES E ÉTICA MILITARES

O Estatuto dos Militares também estabelece, em seu art. 31, os deveres militares, os quais, em essência, compreendem a dedicação e a fidelidade à Pátria, a probidade, a lealdade e o rigoroso cumprimento das obrigações e das ordens.

Como substrato e amálgama dos deveres, encontram-se os valores militares, cuja prática continuada fortalece a hierarquia e a disciplina. Assim, reconhecendo sua relevância para a profissão das armas, o Estatuto mencionado destina espaço específico a esses valores. Eles influenciam o procedimento dos integrantes das Forças Armadas e são fatores críticos para o sucesso da efetividade das ações militares. Também são pressupostos que, ao fim e ao cabo, podem determinar a sobrevivência dos homens e mulheres militares no cumprimento de sua missão. Segundo aquela Lei, as manifestações essenciais do valor militar, listadas no art. 27 são, dentre outras:

- I - o patriotismo, traduzido pela vontade inabalável de cumprir o dever militar e pelo solene juramento de fidelidade à Pátria até com o sacrifício da própria vida;
- [...]
- IV - o espírito de corpo, orgulho do militar pela organização onde serve;
- V - o amor à profissão das armas e o entusiasmo com que é exercida; e
- VI - o aprimoramento técnico-profissional. (BRASIL, 1980)

O Estatuto referido também discorre sobre a ética militar, cujos preceitos a serem obrigatoriamente observados pelos militares decorrem do sentimento do dever, do pundonor militar e do respeito ao decoro da classe. Por conseguinte, cada integrante das Forças Armadas deve ter conduta profissional e moral irreparáveis para que esteja em condições de cumprir seu dever à luz do que determina a Constituição.



A seguir, destacam-se alguns mandamentos da ética militar, relacionados no art. 28 daquele diploma legal, considerados de interesse para este trabalho:

I - amar a verdade e a responsabilidade como fundamento de dignidade pessoal;

[...]

IV - cumprir e fazer cumprir as leis, os regulamentos, as instruções e as ordens das autoridades competentes;

[...]

VI - zelar pelo preparo próprio, moral, intelectual e físico e, também, pelo dos subordinados, tendo em vista o cumprimento da missão comum;

[...]

IX - ser discreto em suas atitudes, maneiras e em sua linguagem escrita e falada;

[...]

XIII - proceder de maneira ilibada na vida pública e na particular;

[...]

XVI - conduzir-se, mesmo fora do serviço ou quando já na inatividade, de modo que não sejam prejudicados os princípios da disciplina, do respeito e do decoro militar. (BRASIL, 1980, grifo nosso)

Samuel Huntington (1996, p. 81), em seu clássico “O Soldado e o Estado”, ao discorrer sobre a ética profissional militar, considera que a profissão militar prepara homens para que eles dominem seus medos e defeitos naturais. O renomado pesquisador de Harvard prossegue argumentando que “o homem tem predicados de bondade, de força e de razão, mas é também mau, fraco e irracional”. Chega mesmo a observar que o homem da ética militar é, essencialmente, o homem de Hobbes¹, demonstrando certo ceticismo com relação à suposta capacidade inata dos seres humanos para realizarem o bem segundo seu pretenso livre arbítrio. Ao argumentar dessa maneira, Huntington reforça, portanto a necessidade de o homem ser submetido ao império da lei.

Ainda no que concerne à ética da profissão militar, prossegue o teórico das relações entre civis e militares e membro da Faculdade de Administração Pública na Universidade de Harvard:

A responsabilidade da profissão [militar] é fortalecer a segurança militar do Estado. O cumprimento dessa responsabilidade exige cooperação, organização e disciplina. Não apenas em virtude de seus deveres de servir à sociedade como um todo, mas também por força da natureza dos meios que ele emprega para executar esse dever, o militar enfatiza a importância do grupo contra o indivíduo. Tradição, esprit (sic), unidade, comunidade – essas coisas têm alta cotação no sistema militar de valor. (HUNTINGTON, 1996, p. 82)

Verifica-se, portanto, que o culto aos valores, o cumprimento dos deveres e a observância dos princípios éticos são essenciais para as Forças Armadas.

6 ESPECIFICIDADES DA CARREIRA DAS ARMAS

O conjunto de deveres, princípios éticos, valores e tradições castrenses provê o suporte moral para a superação dos óbices inerentes à profissão das armas. A esse conjunto, correspondem as especificidades da carreira militar. Dentre as diversas especificidades castrenses, serão focalizadas aquelas julgadas de maior pertinência para o assunto em tela.

Durante a carreira, o militar submete-se ao risco inerente à profissão. Assim, nos treinamentos, em seu cotidiano ou na guerra, a possibilidade iminente de dano à sua integridade física, ou mesmo da morte, é uma constante do exercício profissional. Lidar com materiais letais e situações de perigo é condição inerente à vida na caserna, visando à preparação de cada um e da coletividade militar para assegurar o cumprimento da destinação constitucional das Forças Armadas.

Diariamente, nas centenas de organizações militares das Forças Armadas, são manuseados engenhos e artefatos bélicos de diversas naturezas, com elevado potencial de letalidade. Os instrumentos de trabalho dos militares são, dentre outros, armamentos, explosivos, munições e veículos diversos. Sua utilização requer destreza e racionalidade, exigindo plenas condições emocionais, psicomotoras e cognitivas do militar para que ele atue como perito responsável, com adequado nível de segurança. A experiência profissional tem mostrado que a inobservância desses quesitos pode implicar graves consequências para a integridade física do próprio militar, do meio ambiente e da coletividade em que ele esteja inserido.

Os aquartelamentos são patrimônios legados pela sociedade às Forças Armadas. Sua segurança impõe a necessidade diária de se destinar parte da tropa aos serviços de guarda, o que implica o manuseio de armas e munições letais. Os militares designados para tais serviços são, em sua maioria, jovens recém-saídos da adolescência. São pessoas ainda em processo de amadurecimento.

Em face do exposto, cresce de importância o respeito à hierarquia e à disciplina, o culto aos valores e às tradições das Forças Armadas, sobejamente comentados neste espaço.

7 EFEITOS DO USO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES NA CASERNA

Toda a argumentação precedente visa a mostrar a importância dos princípios e valores para as instituições castrenses. Seu solapamento pode pôr em risco a ordem nas Forças Armadas e, por consequência, a paz social.

Poderia a sociedade admitir que artefatos bélicos fossem entregues a pessoas que tenham o hábito de, ou sejam propensas a, utilizar substâncias entorpecentes? Que efeitos poderiam advir de seu uso por militares armados? Quais seriam as consequências de admitir-se que homens dotados com armamento de guerra ou pilotando uma aeronave militar, por exemplo, pudessem usar essas substâncias?

As respostas a esses questionamentos apontam obviamente para a extrema dificuldade de se conciliar a coexistência dos entorpecentes com a vida militar. Além dos malefícios à saúde, há os desvios de conduta que se associam às drogas ilícitas, o que reforça a necessidade de afastar seu espectro perigoso do seio da caserna.

Para o psiquiatra e psicoterapeuta Içami Tiba (1999, p. 80, grifo nosso) “A droga faz o usuário mentir, roubar, prostituir-se, disfarçar. Quanto maior a vontade de consumi-la, mais os valores ficam relegados a um segundo plano”. Das palavras do respeitado estudioso do comportamento humano, é possível deduzir-se o risco inerente ao uso de substâncias tóxicas na caserna, pela possibilidade cristalina de comprometimento dos valores morais e éticos.

É legítimo afirmar-se que a posse ou o uso de drogas nos quartéis tende a deturpar e comprometer os fundamentos das Forças Armadas. A leniência na coibição dessa modalidade delituosa poderia dilapidar seus pilares básicos: a hierarquia e a disciplina. A História universal é pródiga de casos em que a desmoralização das Forças Armadas levou o Estado à ruína.

Depreende-se que os efeitos do crime em estudo são potencialmente graves e têm amplo espectro. Nesse sentido, é possível aventar-se uma série de reflexos nocivos dessa prática ilegal, desde os danos às pessoas, individualmente, até o comprometimento da segurança coletiva.

A aceitação, ainda que hipotética, de que militares possam portar ou fazer uso de substâncias entorpecentes ou que determinem dependência física ou psíquica, em lugar sujeito à administração militar, ainda que em pequenas doses, implicaria a convivência com a probabilidade de esgarçamento dos princípios basilares das Forças Armadas.

Como aspecto adicional e da maior gravidade, há que se considerar outros atores, além dos usuários de substâncias entorpecentes: os traficantes de drogas. Sabe-se que esses agentes criminosos têm realizado ações para a obtenção de armamento e munição nos aquartelamentos. Para tanto, podem utilizar-se de militares usuários de drogas, os quais, normalmente, apresentam-se fragilizados por essa condição. Dessa forma, verifica-se a ampliação do espectro de risco do uso ou porte de drogas por militares. Assim, seus reflexos podem transcender o indivíduo e ameaçar a sociedade pela possibilidade de fornecimento ilícito de material de emprego militar a grupos criminosos.

Corroborando a afirmação acima, pesquisa realizada pelos autores do Caderno de Instrução Resistência às Drogas, do Projeto Liderança da Academia Militar das Agulhas Negras (NETO, 2006, p. 51), em 2006, aponta que um fuzil custava aproximadamente R\$ 30.000,00 no mercado negro e que uma caixa de munição com 20 cartuchos era comprada pelos criminosos por R\$ 800,00. Esses valores monetários mostram que a relação custo-benefício torna-se vantajosa

para os traficantes que, eventualmente, pretendam apossar-se desse material por meio da coação ou cooptação de militares usuários de drogas. Tais dados reforçam os argumentos relativos à ameaça para as organizações militares e para a sociedade, decorrente do uso de substâncias entorpecentes por militares.

Isto posto, é oportuno questionar-se o alegado princípio da insignificância com relação ao crime de porte e uso de drogas na caserna. Consideradas as especificidades da profissão militar, considerados os efeitos danosos dessa prática para as Forças Armadas e para a sociedade, pergunta-se: é razoável aplicar-se tal princípio com relação ao crime objeto deste trabalho?

8 PAPEL EDUCATIVO EXERCIDO PELAS FORÇAS ARMADAS

A fim de se prevenir dos malefícios do eventual uso de drogas por seus integrantes, as Forças Armadas mantêm programas educativos, no que concerne ao tema em questão. O Exército Brasileiro, por exemplo, conduz ações preventivas, tais como: instruções ou aulas formais de resistência a vícios, reforço aos atributos da área afetiva, apoio e assistência espiritual, além da formação de quadros proficientes para orientar corretamente seus subordinados. Nesse sentido, a edição e a aplicação do Caderno de Instrução supracitado é um dos exemplos marcantes dessas ações.

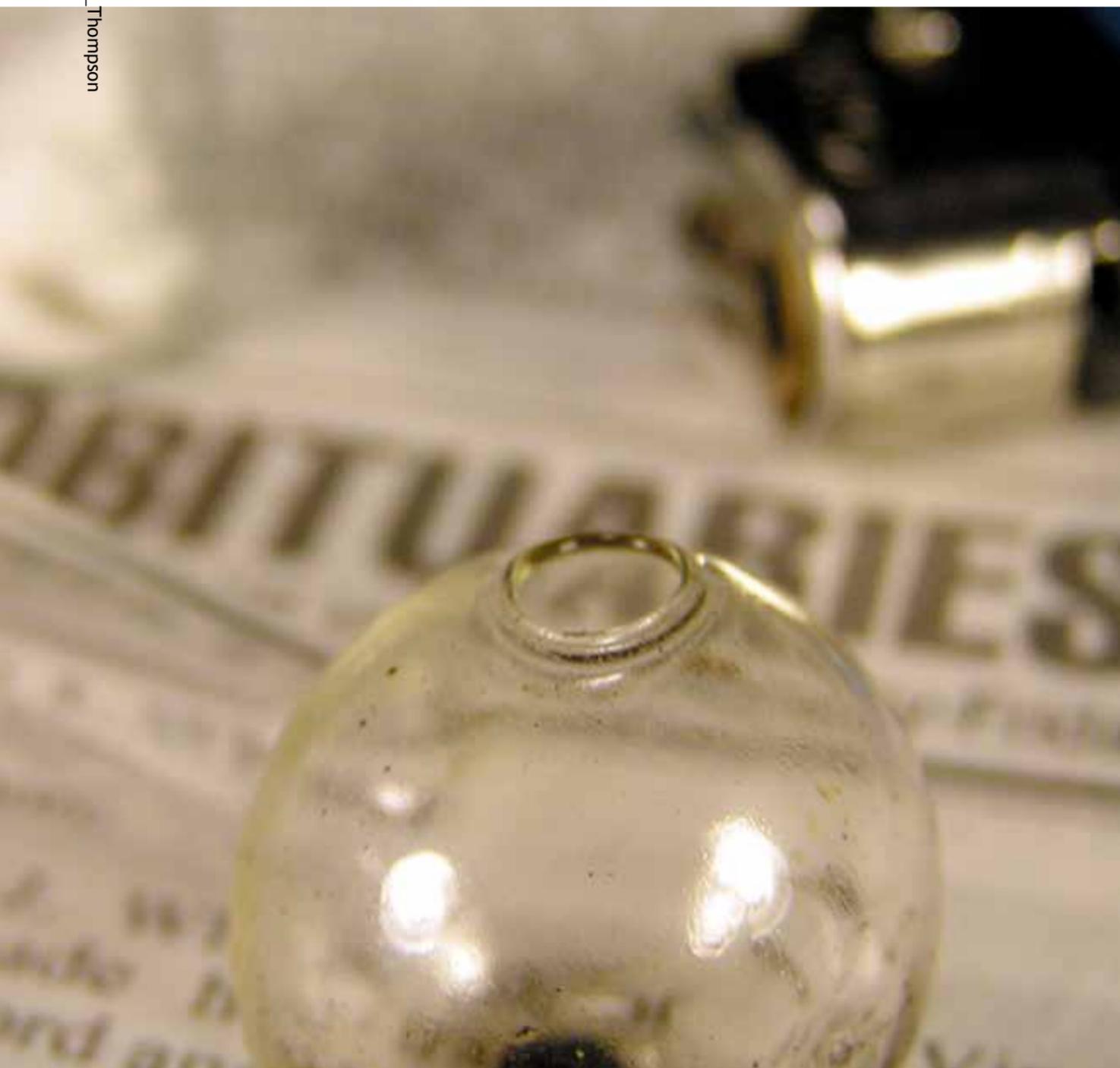
9 CONCLUSÃO

A fim de serem apresentados os efeitos do crime de porte ou uso de drogas na caserna, buscou-se apontar a importância dos deveres, princípios éticos, valores e tradições castrenses para as Forças Armadas. Sem eles, impera a anarquia, em que as características do homem hobbesiano tomam valor exponencial. Como contraponto, destaca-se a declaração de Içami Tiba acerca dos efeitos nocivos do uso de drogas sobre as pessoas, a ponto de comprometer os valores.

Conforme demonstrado neste espaço, as especificidades da vida na caserna são incompatíveis com a complacência com o porte ou uso de drogas ilícitas nesse meio. Nesse diapasão, devem ser considerados os possíveis efeitos desse crime, os quais têm capacidade latente de transcender a esfera individual. Dentre esses efeitos, destaca-se o risco de a hierarquia e a disciplina serem afetadas, podendo ameaçar a ordem nas Forças Armadas e, por extensão, na sociedade.

Dessa forma, fica clara a necessidade de as instituições castrenses disporem de instrumentos que lhes provejam a necessária assepsia contra os malefícios decorrentes do crime apreciado. Esses instrumentos, dentre outros, são o culto aos princípios e valores e o acatamento aos deveres militares, bem como a judiciosa aplicação dos meios legais aos eventuais infratores.

¹ Segundo a Fundação Getúlio Vargas “Thomas Hobbes defendia a ideia segundo a qual os homens só podem viver em paz se concordarem em submeter-se a um poder absoluto e centralizado. Em um estado de natureza, os homens estariam condenados a viver a guerra de todos contra todos, sem nunca garantir a paz que lhes possibilitasse algum desenvolvimento e gozo da vida”.



JURISPRUDÊNCIA EM DESTAQUE

LIMITES À ATIVIDADE PROCESSUAL DO JUIZ-CORREGEDOR NA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

Soel Arpini

Membro do Ministério Público da União, sendo Promotor da Justiça Militar lotado em Santa Maria-RS.

O Superior Tribunal Militar, julgando Habeas Corpus interposto pelo Ministério Público Militar, autuado sob o nº 0000122-74-74.2010.7.00.0000, de relatoria do Ministro Olympio Pereira da Silva Junior, declarou a nulidade do despacho do juiz-corregedor da Justiça Militar da União que determinou o retorno dos autos à origem para diligências com o objetivo de ser redigida sentença escrita, o que foi cumprido pelo Conselho Permanente de Justiça, tendo a Corte Castrense, ao julgar o habeas, restabelecido o trânsito em julgado da decisão proferida em audiência que extinguiu o feito sem julgamento de mérito.

1. Da atuação processual do juiz-corregedor na JMU

O juiz-corregedor tem, no âmbito da Justiça Militar da União, uma função processual que não guarda similaridade em relação aos demais órgãos correicionais do Poder Judiciário. Segundo o Código de Processo Penal Militar, compete ao juiz-corregedor representar ao Superior Tribunal Militar para corrigir arquivamento irregular em inquérito ou processo (art. 498, “b”).

Ao estabelecer as competências do juiz-corregedor, a Lei de Organização da Justiça Militar da União (Lei nº 8.457/92) parece ter restringido a atuação processual deste órgão, pois limitou-se a prever que compete ao juiz-corregedor proceder às correições nos autos de inquérito mandados arquivar pelo juiz-auditor, representando ao Tribunal, mediante despacho fundamentado, desde que entenda existentes indícios de crime e de autoria (art. 14, I, “c”), não tendo, expressamente, previsto a competência para representar na hipótese de arquivamento irregular de processo, o que nos parece um silêncio eloquente.

Já em relação à representação por arquivamento irregular de inquérito, que ocorre com mais frequência, a Procuradoria-Geral da Justiça Militar tem entendido que tal competência não mais persiste por colidir com o sistema acusatório e os princípios do contraditório e da ampla defesa. Transcrevemos o posicionamento da Chefia do Ministério Público Militar:

“A Correição Parcial, quando formulada com base no art. 14, I, alínea “c”, da Lei n. 8.457/92, conflita frontalmente com o sistema acusatório e os princípios do contraditório e da ampla defesa, compromete a imparcialidade dos órgãos do Judiciário e, ainda, desnatura a finalidade de correção de erros in procedendo. Vejamos.

Regulamentam a Correição Parcial, no âmbito da Justiça Militar, os seguintes dispositivos, verbis:

Art 498 [do CPPM]. O Superior Tribunal Militar poderá proceder à correição parcial:

(...)

b) mediante representação do Ministro Corregedor-Geral, para corrigir arquivamento irregular em inquérito ou processo.

Art. 14 [da Lei n. 8.457/92]. Compete ao Juiz-Auditor Corregedor:

I - proceder às correições:

(...)

c) nos autos de inquérito mandados arquivar pelo Juiz-Auditor, representando ao Tribunal, mediante despacho fundamentado, desde que entenda existente (sic) indícios de crime e de autoria; (grifei)

Ocorre que a hipótese prevista no art. 14, inc. I, letra “c”, da Lei n. 8.457/92 mostra-se incompatível com a ordem jurídica vigente. O sistema acusatório, que informa o processo penal brasileiro, não reconhece como legítimo um procedimento que é iniciado pela representação de um magistrado (Juiz-Auditor Corregedor), em função administrativa, contra o arquivamento já determinado, regularmente, por uma autoridade judiciária no exercício pleno de suas funções institucionais, a requerimento do Ministério Público Militar, a quem compete exercer o papel de dominus litis, nos termos do art. 129, I e VIII, da Constituição Federal.

Assim agindo, o Juiz-Auditor Corregedor cumpre papel que não lhe é atribuído pela Constituição Federal, e faz as vezes do órgão de acusação, numa nítida afronta ao sistema acusatório.

Essa invasão das funções institucionais do Parquet manifesta-se porque o Juiz-Auditor Corregedor, ao entender que existem indícios de crime e de autoria, analisa o quadro fático-jurídico constante dos autos do inquérito arquivado e inova sobre o conteúdo já decidido na instância.

Com isso, ao requerer que o Superior Tribunal Militar promova o desarquivamento dos autos, acaba por imputar a prática de um delito ao investigado no procedimento administrativo, num típico ato de natureza persecutória, o qual, repita-se, é atribuído constitucionalmente, em função da adoção do sistema acusatório, ao Ministério Público Militar.

Mais grave ainda é o fato de que o investigado, em momento posterior, é surpreendido com o eventual deferimento da Correição Parcial, sem que a ele tenha sido dada a oportunidade de defesa ou de qualquer manifestação. Sequer chamado a participar da lide nos autos da Correição Parcial, o investigado encontra-se sujeito a decisão que lhe pode ser completamente desfavorável, numa frontal violação dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório.” (Correição Parcial nº 0000090-64.2009.7.11.0011)

Como se pode perceber, há muitas dúvidas acerca dos limites à atuação processual do juiz-corregedor. Todavia, no caso do Habeas Corpus nº 0000122-74-74.2010.7.00.0000, o juiz-corregedor, entendendo que havia irregularidade no arquivamento de um processo, sequer representou ao STM, tendo, através de despacho, determinado a baixa dos autos à origem para que fosse redigida decisão devidamente fundamentada, o que foi cumprido pelo CPJ, a despeito de estar certificado no feito o trânsito em julgado.

2. Dos fatos que culminaram com a interposição do HC nº 0000122-74-74.2010.7.00.0000

O paciente fora denunciado pelo crime de deserção, em virtude de que ficara ausente da organização militar em que servia por mais de oito dias sem justificativa. Durante a instrução criminal, o acusado veio a cometer nova deserção, dando origem a outra IPD, sendo que, após sua apresentação voluntária, submetido à inspeção de saúde, o desertor foi considerado incapaz definitivamente para fins do serviço militar, o que motivou o pedido de arquivamento da instrução provisória pelo MPM, o que foi deferido pelo juízo.

Já em relação à ação penal em andamento, o Parquet Militar manifestou-se pela extinção do processo, em virtude da perda da condição de militar do denunciado.

Em sessão do CPJ, o feito foi colocado em discussão, tendo o Conselho decidido *“nos termos do parágrafo 2º, do art. 457, CPPM, extinguir a presente Ação Penal e determinar o arquivamento do processo”*. As partes foram intimadas da decisão, sendo que, após o seu trânsito em julgado, o feito foi remetido à auditoria de correição.

Após compulsar os autos, o juiz-corregedor proferiu despacho no sentido que *“retornem os autos à origem, em diligência, para que seja redigida de forma devidamente fundamentada, a decisão tomada na 59ª Sessão do Conselho Permanente de Justiça para o Exército, realizada no dia 08 de julho de 2010, em que foi declarada a extinção da ação penal e determinado o arquivamento do processo”*, o que motivou o Conselho Permanente de Justiça a prolatar nova sentença, datada de 09 de agosto de 2010, onde consta *“Após o trânsito em julgado, remetam-se à Auditoria de Correição para arquivamento”*.

3. Das ilegalidades

O despacho do juiz-auditor corregedor determinando que fosse redigida decisão fundamentada e a prolação de nova sentença pelo CPJ violaram dois princípios constitucionais: o da coisa julgada, o que é óbvio, e o do devido processo legal, pois a lei prevê a hipótese do juiz-corregedor representar ao STM, mas nunca do órgão correicional *per salto* determinar ao juízo de origem que corrigisse a suposta irregularidade, usurpando competência da Corte Castrense.

Neste sentido, merece ser transcrito extrato do parecer do Ministério Público Militar de 2º grau.

“No sistema judicial vigente em nosso país, somente o Tribunal com competência para apreciar recursos, ou a Suprema Corte poderiam expedir determinação nesse sentido, baseado em julgamento colegiado. Mas essa atribuição certamente não está prevista em lei, pois se ocorresse configuraria preceito contrário à Constituição da República, que garante a independência funcional dos magistrados e a perenidade das decisões judiciais que não mais comportem recurso.

Admitir a prática dessa ‘fórmula’, como bem acentuou o Impetrante, representa atravessar o devido processo legal, gerando uma tentativa sem precedente de consequências danosas: permitir que um magistrado, sem competência para o recurso, ex officio e isoladamente, possa dar ordens para outro magistrado, dizendo-lhe como deve proceder judicialmente. Isso a lei não permite nem mesmo ao Ministro Relator de processo no âmbito dessa Corte, pois, sua competência para conduzir o feito que se acha a ele distribuído regula-se nos limites dos atos instrutórios. Somente no Direito que vigorou para a extinta União Soviética se encontrava tal incidente, colocando o representante do Governo acima da lei e, sobretudo, acima de juízes e tribunais.

A Auditoria de Correição possui atribuições bem definidas. E nenhuma delas autoriza a determinação questionada. Aliás, o Despacho deveria ter encontrado a resistência do Colegiado, o qual, não obstante a flagrante ilegalidade, imediatamente deu curso ao desiderato, escrevendo no bojo da sentença a determinação ‘superior’”. (destaques no original)

4. Da decisão do writ

Em sessão realizada no dia 29/09/10, o Tribunal, por unanimidade, conheceu do “writ” para conceder a ordem de “Habeas Corpus”, a fim de reconhecer e declarar a nulidade do r. Despacho, da lavra do Exmo. Sr. Juiz-Auditor Corregedor da Justiça Militar da União, em exercício, e da Sentença proferida pelo Conselho Permanente de Justiça do Exército, restabelecendo o trânsito em julgado, consoante certidão dos autos, devendo-se registrar que a íntegra de decisão e a ementa, até o fechamento desta revista, ainda não haviam sido publicados.

JUS MILITARIS EM REVISTA

Vice-presidente do CNJ defende maior integração da Justiça Militar ao Judiciário



Da esquerda para direita: Min. Carlos Alberto, Min. Ayres Britto e Min. Gilson Dipp

O vice-presidente do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF), ministro Carlos Augusto Ayres de Freitas Britto, fez enfática defesa da integração e da harmonia entre a Justiça Militar e o Poder Judiciário ao abrir, no dia 21 de junho de 2010, o 1º Encontro Nacional da Justiça Militar, na Escola da Magistratura Federal (Esmaf), em Brasília (DF).

Organizado pelo Conselho Nacional de Justiça (CNJ), em parceria com o Superior Tribunal Militar (STM), o encontro reuniu juízes da Justiça Militar da União e dos Estados. Durante todo o dia os participantes debateram propostas de alteração dos Códigos Penal e de Processo Penal Militar.

Ayres Britto disse esperar que, “deste encontro de poderes saiam propostas para tonificar a Constituição brasileira, tornando-a efetiva, prática”. Ayres Britto classificou como “muito importante” sempre tirar a Constituição do papel, com o objetivo de “cumprir os desígnios para os quais foi concebida”. “Todos nós, militantes da Constituição, temos isso por dever, mas é preciso que essa militância se dê mais do que por dever, se dê por convicção, por entusiasmo, por gratidão”, enfatizou o ministro.

Em seu breve pronunciamento, o vice-presidente do CNJ usou o cérebro como metáfora para demonstrar como entende que deve ser a integração no Judiciário: de um lado a reflexão, o pensamento; de outro, a emoção, a criatividade, a coragem, a abertura para o novo. Segundo o ministro, ambos os lados têm fundamental importância para o funcionamento do conjunto.

O presidente do STM, ministro Carlos Alberto Marques Soares, lembrou que a Justiça Militar é a mais antiga do Brasil e “tem trazido importantes contribuições para a Justiça do país como um todo”. No entanto, reconheceu que é necessário avançar. Segundo ele, há dispositivos do Código de Processo Penal Militar que precisam de aperfeiçoamento.

O corregedor nacional de Justiça, ministro Gilson Dipp, também defendeu a maior integração entre a Justiça Militar e os demais ramos do Judiciário. “Mais do que se integrar, porém, a Justiça Militar tem que se sentir integrada. É preciso quebrar paradigmas e participar da formulação de políticas públicas de Justiça, aperfeiçoando o funcionamento do Judiciário”. Segundo Dipp, “apesar da farda, todos são juízes e é nessa direção que o CNJ quer trabalhar, aliando a tradição da Justiça Militar com a modernidade dos novos tempos”.

Ao final do encontro, além de propostas de alteração dos Códigos Penal e de Processo Penal Militar, os participantes encaminharam sugestões ao Superior Tribunal Militar (STM) sobre temas estratégicos: crimes militares próprios ou impróprios; aplicação da pena e causas de extinção de punibilidade; e crimes cibernéticos.

Em decorrência dessa inédita reunião, representação de magistrados da Justiça Militar da União e das Justiças Militares Estaduais, e também de representante do Ministério Público Militar, coordenados pela Ministra do Superior Tribunal Militar Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha seguem estudando alterações nos Códigos da Justiça Militar.



Dra. Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha

CURSO DE DIREITO DISCIPLINAR MILITAR CONCLUÍDO COM ÊXITO

Entre os dias 29 a 31 de julho de 2010, no Hotel Itaimbé, na cidade de Santa Maria, RS, ocorreu o Curso de Direito Disciplinar Militar, evento organizado pela Escola Cursos Livres, de Porto Alegre e contou com a participação de 15 alunos.

Com uma carga horária de 30 horas/aula, o curso foi ministrado pelo Promotor da Justiça Militar JORGE CESAR DE ASSIS, e foi plenamente coroado de êxito.

O destaque foi para a composição dos alunos, sendo dois civis, um Advogado e outro Delegado de Polícia -Federal, e os outros 13 militares, oriundos dos seguintes órgãos: Comando da Aeronáutica (DEPENS, Brasília); Base Aérea de Manaus; Comissão de Promoção de Oficiais da Aeronáutica, Brasília; 5º Comando Aéreo Regional, Porto Alegre; Corregedoria da Secretaria de Defesa Social de Pernambuco, Recife; Auditoria da Justiça Militar Estadual do Rio Grande do Norte, Natal; Corregedoria da Polícia Militar de Sergipe, Aracaju; Arsenal de Guerra do Exército, Rio de Janeiro; Hospital Aeronáutico dos Afonsos, Rio de Janeiro.

O curso teve por finalidade apresentar o Direito Administrativo Militar aos alunos, demonstrando que o mesmo apresenta um sub-ramo importantíssimo, o Direito Disciplinar Militar, que busca ser autônomo, e que ambos pertencem ao chamado Direito Militar, juntamente com o Direito Penal Militar.

Também visou fazer uma reflexão sobre a autonomia do Direito Disciplinar Militar – que estuda as relações entre superiores e subordinados, a existência do chamado dever de obediência na manutenção do binômio disciplina e hierarquia.

Finalmente, analisou a quebra da disciplina e as conseqüências dela decorrente, no cenário jurídico, face o princípio da inafastabilidade do Judiciário (CF, art. 5º, XXXV).



Acima, alunos em debate e Dr. Jorge Cesar de Assis ministrando o curso.

Ao lado, a turma do Curso de Direito Disciplinar Militar.

SESSÃO DO LEITOR

Este espaço está destinado a você, caro leitor. Para dúvidas, críticas, observações; quaisquer colaboração será bem vinda. Esta comunicação é importante para que possamos dar continuidade no desenvolvimento e aprimoramento deste veículo de comunicação, dentro do Direito Militar.



em revista

ISSN: 2177-9945



Interior de Alcatraz.

Alcatraz é uma ilha localizada no meio da Baía de São Francisco na Califórnia, Estados Unidos. Inicialmente foi utilizada como base militar, e somente mais tarde foi convertida em uma prisão de segurança máxima. Atualmente, é um ponto turístico operado pelo National Park Service junto com a Área de Recreação Golden Gate.

CULTURAS MILITARES