

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Edson Nalon Silva

**A defesa no processo penal militar**

MESTRADO EM DIREITO

SÃO PAULO

2010

PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO  
PUC-SP

Edson Nalon Silva

**A defesa no processo penal militar**

MESTRADO EM DIREITO

Dissertação apresentada à Banca Examinadora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, como exigência parcial para obtenção do título de MESTRE em Direito, área de concentração de Direito das Relações Sociais - subárea de Direito Processual Penal, sob a orientação do Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva.

SÃO PAULO

2010

Banca Examinadora

---

---

---

## AGRADECIMENTOS

Primeiramente, e acima de tudo, a *Deus* por minha vida, saúde e tudo que tem me concedido neste plano e a toda minha família, em especial à minha esposa, *Simone Chiosini*, e meu filho, *Enrico Chiosini Nalon Silva*, pelo apoio e incentivo nas horas mais difíceis e por estarem sempre ao meu lado.

Ao *Professor Doutor Marco Antonio Marques da Silva*, por acreditar e incentivar nosso trabalho, mais que um orientador, um exemplo de homem a ser seguido.

## RESUMO

Após quase vinte anos de serviço ativo na Milícia Bandeirante paulista e diante de uma escassez de doutrina no Processo Penal Militar, entendemos ser necessário tratar de alguns aspectos da Lei Castrense, como o histórico da Justiça Militar no Brasil e em São Paulo, os Princípios Constitucionais orientadores do Processo Penal e do Processo Penal Militar, a composição da Justiça Militar Estadual, a competência da Polícia Judiciária Militar, mas, acima de tudo e principalmente, discutir o bem jurídico penal militar e a defesa no Processo Penal Militar, destacando temas pouco visitados pelos pesquisadores acadêmicos, como espécies de defesa, direitos do acusado, a fiança e a liberdade provisória, espécies de recursos, a defesa no Direito Administrativo Militar, o crime de deserção e a defesa do desertor, conhecer alguns tipos de prisões previstas na legislação penal militar e a questão da defesa no Inquérito Policial Militar.

**Palavras-chaves:** Processo Penal Militar. Defesa. Militar. Garantias Militares. Direitos no Processo Penal Militar

## ABSTRACT

After almost twenty years of active service in the Military Police of São Paulo before a shortage of doctrine of Military Criminal Procedure, we believe it is necessary to deal with some aspects of the Military Law, as the history of Military Justice in Brazil and São Paulo, the Constitutional Principles guiding the Criminal Procedure and the Military Penal Procedure, the composition of the State Military Justice, the jurisdiction of the Military Judicial Police, but, above all and mainly, discuss the legal and military criminal defense in the Military Penal Procedure, highlighting themes rarely visited by academic researchers, such as types of defense, rights of the accused, bail and parole, kinds of resources, defense in Military Administrative Law, crime of desertion and defense of the deserter, knowing some types of prisons under military criminal law and the issue of defense in the Military Police Inquiry.

**Keywords:** Military Penal Procedure. Defense. Military. Military Guarantees. Rights in the Military Criminal Procedure.

## **LISTA DE SIGLAS E ABREVIATURAS**

CF	Constituição Federal
CMT	Comandante
CPM	Código Penal Militar
CPPM	Código de Processo Penal Militar
ONU	Organização das Nações Unidas
PM	Polícia Militar
STM	Superior Tribunal Militar
TJ	Tribunal de Justiça
TJM	Tribunal de Justiça Militar

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>9</b>
<b>1 HISTÓRICO DA JUSTIÇA MILITAR .....</b>	<b>13</b>
1.1 História da Justiça Militar no Brasil .....	17
1.2 História da Justiça Militar do Estado de São Paulo.....	19
<b>2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ORIENTADORES DO PROCESSO PENAL E DO PROCESSO PENAL MILITAR .....</b>	<b>22</b>
2.1 Princípios Constitucionais.....	23
2.2 Princípios Constitucionais do Processo Penal .....	25
2.2.1 O princípio do devido processo legal .....	27
2.2.2 O princípio da ampla defesa e do contraditório .....	30
2.2.3 O princípio do juiz natural .....	32
2.2.4 O princípio da publicidade.....	33
2.2.5 O princípio da obrigatoriedade.....	34
2.2.6 O princípio da presunção de inocência.....	36
2.3 Relevância Constitucional e a Emenda Constitucional nº 45.....	38
<b>3 COMPOSIÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL.....</b>	<b>42</b>
3.1 Os Conselhos da Justiça Militar .....	43
3.1.1 O Conselho Permanente de Justiça .....	44
3.1.2 O Conselho Especial de Justiça.....	45
<b>4 A POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR – FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>47</b>
4.1 Concorrência do Poder de Polícia.....	49
4.1.1 Crimes dolosos contra a vida praticados contra civil e a atuação da Polícia Judiciária Militar .....	50
<b>5 BEM JURÍDICO PENAL .....</b>	<b>52</b>
5.1 Bem Jurídico Penal Militar.....	54
5.2 O Bem Jurídico Administrativo e o Bem Jurídico Administrativo Militar ....	56
5.2.1 A desclassificação do crime militar para transgressão disciplinar .....	58
5.3 Cabimento de <i>Habeas Corpus</i> na Punição Administrativa Militar .....	60
<b>6 A DEFESA NO PROCESSO PENAL MILITAR .....</b>	<b>64</b>
6.1 A Defesa como Garantia .....	65
6.2 Espécies de Defesa .....	67



<b>6.3</b>	<b>O Acusado e seus Direitos no Processo Penal Militar .....</b>	<b>69</b>
<b>6.3.1</b>	<b>A fiança e a liberdade provisória no Processo Penal Militar .....</b>	<b>70</b>
<b>6.3.2</b>	<b>A lei nº 9.099/95 no âmbito da Justiça Militar .....</b>	<b>73</b>
<b>6.4</b>	<b>Dos Recursos no Direito Processual Penal Militar – Conceito .....</b>	<b>76</b>
<b>6.4.1</b>	<b>Espécies de recursos no Processo Penal Militar e suas peculiaridades .....</b>	<b>78</b>
<b>6.5</b>	<b>O Direito Administrativo Militar à Luz da Justiça Militar .....</b>	<b>80</b>
<b>6.5.1</b>	<b>Conceito de Direito Administrativo e Direito Administrativo Militar .....</b>	<b>81</b>
<b>6.5.2</b>	<b>Processo e procedimento administrativo militar.....</b>	<b>84</b>
<b>6.5.3</b>	<b>A defesa no Direito Administrativo Militar.....</b>	<b>86</b>
<b>6.6</b>	<b>O Crime de Deserção.....</b>	<b>88</b>
<b>6.6.1</b>	<b>O direito de defesa no crime de deserção .....</b>	<b>90</b>
<b>6.6.1.1</b>	<b><i>A prescrição do crime de deserção.....</i></b>	<b>90</b>
<b>6.7</b>	<b>A Menagem e Outros Tipos de Prisões .....</b>	<b>92</b>
<b>6.7.1</b>	<b>O presídio da Polícia Militar “Romão Gomes” e a Lei de Execuções Penais .....</b>	<b>95</b>
<b>6.8</b>	<b>O Inquérito Policial Militar e sua Natureza .....</b>	<b>98</b>
<b>6.8.1</b>	<b>Características do inquérito policial militar.....</b>	<b>100</b>
<b>6.8.2</b>	<b>A defesa no inquérito policial militar .....</b>	<b>105</b>
	<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>108</b>
	<b>REFERÊNCIAS.....</b>	<b>111</b>

## INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo analisar a norma Processual Penal Militar com o enfoque na defesa, realizando uma releitura sob o prisma da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais consagrados na Constituição da República Federativa do Brasil.

Em 05 de outubro de 1988, a Assembléia Nacional Constituinte estabeleceu uma nova ordem jurídica no Brasil, fundada na soberania, na cidadania, na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e no pluralismo político.

Essa nova ordem jurídica constituiu a República Federativa do Brasil, formada pela união dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, os quais formam um Estado Democrático de Direito, em que todo poder emana do povo, que o exerce pelos seus representantes eleitos.

Neste contexto estão inseridos os ordenamentos jurídicos infraconstitucionais, como o Direito Penal Militar e o Direito Processual Penal Militar, que não podem se afastar destes regramentos constitucionais.

O Direito Militar é para muitos um ramo desconhecido do Direito, suas características, chavões e peculiaridades causam em muitos profissionais do Direito carência e, ao mesmo tempo, sede de conhecimento.

Neste diapasão é que surgiu a vontade de um estudo aprofundado da matéria, que contemplasse profissionais e leigos do Direito, no tocante a esse ramo jurídico tão pouco discutido nos centros acadêmicos.

Vimos que há necessidade de um trabalho que mostre os detalhes da Justiça Militar no que tange à defesa e que explique como funciona e o que significa os institutos peculiares desta justiça especializada, no âmbito estadual, numa visão Constitucional. Visão esta que deve se pautar nos princípios constitucionais orientadores do Direito Penal e do Direito Processo Penal que aqui se refletem no Direito Penal Militar e no processo penal militar. Estes princípios são as fontes de um direito garantista como o é nossa Carta Magna.

É importante salientar que o Código Penal Militar, Decreto Lei nº 1.001, de 1969, está dividido em três partes: a parte geral, como o é o Código Penal comum, a parte que trata dos

crimes militares em tempo de paz e a terceira parte que trata dos crimes militares em tempo de guerra.

Este trabalho baseia-se somente na primeira e segunda parte do Código Penal Militar ao tratar de crimes militares, não sendo objeto do estudo os crimes praticados em tempo de guerra.

Muito mais do que trazer temas do Direito Militar, o objetivo é desenvolver ideias e discutir decisões controversas da Justiça Militar, sua jurisdição no âmbito estadual e os princípios constitucionais que o orientam.

A história da Justiça Militar no mundo, sua chegada no Brasil e a construção da Justiça Militar no Estado de São Paulo são tópicos necessários a serem abordados, pois servem de alicerce para um estudo do Direito Penal e Processual Penal Militar.

O Direito Militar e suas relações com outras áreas como o Direito Constitucional Militar, o Direito Penal Militar, o Direito Processual Penal Militar e o Direito Administrativo Militar se mostram relevantes para um entendimento simples e único aos leitores.

A defesa no processo penal militar é um tema complexo, seja pelas peculiaridades oferecidas pelo Código de Processo Penal Militar, seja pela prática forense, aliado ao fato da pesquisa científica não ser abundante sobre o tema, o que dificulta os estudantes e profissionais do Direito a entenderem melhor os detalhes deste ramo do Direito.

Nos bancos acadêmicos, o tema é discutido sem profundidade, e, um número reduzido de Universidades possui a cadeira de Direito Militar, não incentivando o entendimento dos institutos da Justiça Militar.

A procura por cursos de extensão na área do Direito Militar tem aumentado nos últimos anos, o que levou algumas Universidades a acrescentar em suas grades curriculares essa disciplina.

As Universidades, por vezes, discutem os assuntos castrenses, procurando dirimir dúvidas, o que nos incentivou a abordar o tema, juntamente com a pretensão de tratar da sua relevância Constitucional, trazendo à tona discussões para despertar nos estudiosos do Direito a curiosidade e simpatia por este ramo ainda pouco explorado do Direito, bem como cecear a fome pelo conhecimento daqueles que nos procuram com muitas dúvidas.

É importante ressaltar, também, que, o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar entraram em vigência no auge da ditadura militar em nosso país, através dos Decretos-Leis nºs 1.001 e 1.002, de 21 de outubro de 1969 e, desde então, não passaram por atualizações legislativas, assim, vimos uma necessidade de estudar o atual texto e, confrontar com a Constituição Federal de 1988, com o propósito de verificar a aplicabilidade e a constitucionalidade de alguns dispositivos destas leis infraconstitucionais.

O presente estudo tem como escopo, ainda, apresentar peculiaridades do Direito Processual Penal Militar, a atuação da defesa no processo penal militar, bem como entender determinados conceitos desta jurisdição castrense.

Relacionar o Direito Processual Penal Militar ao Direito Constitucional Militar, encontrar seus limites e expansões, e os princípios que regem estes ramos do Direito, também, estão atrelados aos objetos deste trabalho.

E, ainda, encontrar um denominador comum na interação do Direito Militar e do Direito Administrativo Militar, focando a defesa e sua atuação, discutir a atuação da Polícia Judiciária Militar e a defesa no Inquérito Policial Militar, tema ainda bastante controverso na Justiça comum, ainda mais perante a Justiça Militar.

O procedimento no crime de deserção, bem como a prescrição neste instituto do Direito Militar e a defesa do desertor, a menagem e outros tipos de prisões, suas definições, cabimentos e locais de cumprimento, são alguns dos tópicos abordados neste trabalho.

O bem jurídico penal militar, a criminalização da conduta militar, seu conceito, a desclassificação do crime militar para transgressão disciplinar e a comparação com o bem jurídico na Justiça comum, os prazos no Direito Processual Penal Militar e uma breve comparação com os prazos da Justiça comum, serão discutidos de forma ampla.

A abordagem sobre a Justiça Militar dos Estados e a formação dos Conselhos Permanente de Justiça e Especial de Justiça, suas características, a forma de atuação e suas competências, se faz necessário para se entender sua necessidade.

Em todas as áreas o enfoque será sempre o Constitucional, os direitos e garantias que o ordenamento jurídico brasileiro trazem ao encontro da Justiça Militar.

O presente trabalho não busca esgotar os assuntos aqui mencionados, mas levar aos estudiosos do Direito, em especial, do Direito Militar, um compêndio mais aprofundado dos

temas propostos, facilitando a pesquisa e a compreensão de uma área pouco discutida nos bancos acadêmicos.

## 1 HISTÓRICO DA JUSTIÇA MILITAR

Podemos afirmar que a história da Justiça Militar tem suas origens na própria história da humanidade. Identifica-se ela com a história das grandes concentrações humanas, erigidas em exércitos de conquistas ou de defesa, sujeitos aos rígidos princípios de disciplina e hierarquia. A necessidade do resguardo e vigilância de tais princípios, indispensáveis a existência das corporações armadas, é que deu margem e ensejou a implantação da Justiça Castrense.<sup>1</sup>

Renato Astrosa Herrera<sup>2</sup> afirma que em determinados povos antigos, os julgamentos dos militares eram realizados pelos próprios militares:

[...] existem antecedentes históricos que permitem deduzir que, em determinados povos civilizados da antiguidade, tais como a Índia, Lacedemônia, Atenas, Pérsia, Macedônia, Cartago, era conhecida a existência de certos delitos militares e era aceito, às vezes, seu julgamento, pelos próprios militares, especialmente em tempo de Guerra.

Contudo, constatações como “já se tornou cediça a afirmação segundo a qual o Direito Militar e com ele a Justiça Militar datam do aparecimento dos exércitos permanentes”<sup>3</sup>, ou “por imperativo dos fatos mesmos, a jurisdição penal militar aparece, na mais remota antiguidade, quando surge, conjuntamente com o Estado, o corpo armado [...]”<sup>4</sup>.

Getúlio Corrêa<sup>5</sup> afirma que fatos que hoje se tem como crime militar eram apontados no Código de Enammu<sup>6</sup>, a mais antiga lei conhecida, mas sem uma jurisdição militar, e sim submetidos à vontade do Rei, o seu maior chefe.

O Código de Hammurabi<sup>7</sup> também apresentava normas de caráter militar, assim como antigas leis assírias e egípcias.

<sup>1</sup>Foram os romanos que, primeiramente, deram consistência e imprimiram racionalidade aos preceitos normativos do Direito e da Justiça Militar. Foi o Direito Romano o inspirador das leis militares dos povos cultos, como acentua Esmeraldino Bandeira, em notável trabalho em as penas aplicadas aos oficiais e soldados do Exército Romano (BRASIL. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Imprensa Oficial do Estado. **História da Justiça Militar do Estado de São Paulo**. São Paulo: IOE, 1976. p. 9.).

<sup>2</sup>HERRERA, Renato Astrosa. **Derecho Penal Militar**. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1971. p. 15.

<sup>3</sup>PARANHOS, Carlos Alberto Teixeira. A Justiça Militar no cenário internacional. **Revista do Superior Tribunal Militar**, Brasília, v. 10, n. 1, 1988. p. 36.

<sup>4</sup>SOTOMAYOR, 1973, apud CORRÊA, Getúlio. **Direito Militar – História e Doutrina**. Florianópolis: Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2002. p. 9.

<sup>5</sup>CORRÊA, Getúlio. **Direito Militar – História e Doutrina**. Florianópolis: Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2002. p. 9.

<sup>6</sup>Ibid., p. 9. Ur-Nammu, da cidade de Ur, fundador da III Dinastia de UR, na antiga Mesopotâmia.

<sup>7</sup>Hammurabi, sexto rei da Babilônia, governou por 43 anos. A partir da descoberta da escrita cuneiforme, graças a Sir Henry Rawlinson, militar, diplomata e orientalista, pôde-se conhecer as leis do rei Hammurabi, que viveu

Nelas, as “suas prescrições de justiça, onde anematiza aquele que negligenciasse o cumprimento dos preceitos inseridos no Código, que tomou seu próprio nome, escreveu: ‘Que samas, o grande Juiz do céu e da terra, aquele que conduz retamente os seres vivos, o senhor, meu refúgio, derrube a sua realeza, não promulgue o seu direito, confunda o seu caminho, faça cair a disciplina do seu exército’ etc.”<sup>8</sup>

Contudo, para a maioria da doutrina foi na península itálica que a justiça castrense teve seu desenvolvimento e se mostrou para o mundo civilizado, influenciando-o.<sup>9</sup>

Getúlio Corrêa afirma que a Justiça Militar teve origem dentro da própria organização militar, de início, ao estabelecerem algumas regras de conduta para os militares, as quais previam severos castigos àqueles que as não cumpriam.<sup>10</sup>

Mas foi em Roma que percebendo a sustentação de sua glória e a consecução de mais conquistas que pretendesse, estariam dependentes de suas legiões, fixou princípio para a Justiça Militar, com delitos e penas, os quais até hoje servem de base para o Direito Militar no mundo.<sup>11</sup>

José da Silva Loureiro Neto<sup>12</sup> assevera também que foi em Roma que o Direito Penal Militar adquiriu vida própria, considerado como instituição jurídica.

Chrysólito de Gusmão<sup>13</sup> entende que a evolução histórica pode ser dividida em quatro fases:

- a) Época dos Reis, em que os soberanos concentravam em suas mãos todos os poderes, inclusive o de julgar.
- b) Segunda fase, em que a Justiça Militar era exercida pelos Cônsules, como poderes de *imperium majus*. Abaixo dele, havia o Tribuno Militar, que possuía o chamado *imperium militae*, que simbolizava a dupla reunião da justiça e do comando.
- c) Terceira fase, época de Augusto, em que a justiça militar era exercida pelos prefeitos do pretório, com jurisdição muito ampla.
- d) Quarta fase, época de Constantino, em que foi instituído o *Consilium*, com a função de assistir o Juiz Militar. Sua opinião era apenas consultiva.

---

entre 1728 e 1686 a.C. (CORRÊA, Getúlio. **Direito Militar** – História e Doutrina. Florianópolis: Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2002. p. 9.).

<sup>8</sup>PINHEIRO, 1986/1987, apud CORRÊA, Getúlio. **Direito Militar** – História e Doutrina. Florianópolis: Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2002. p. 9.

<sup>9</sup>CAMPOS JÚNIOR, José Luiz Dias. **Direito Penal e Justiça Militares** - Inabaláveis Princípios e Fins. Curitiba: Juruá, 2001. p. 49.

<sup>10</sup>CORRÊA, Getúlio. **Direito Militar** – História e Doutrina. Florianópolis: Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2002. p. 27.

<sup>11</sup>Ibid.

<sup>12</sup>LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 20.

<sup>13</sup>GUSMÃO, 1915, apud LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 20.

José Luiz Dias Campos Júnior afirma que na primeira fase, a Justiça Militar romana, que tal como nos primórdios da Grécia antiga, não possuía autonomia em relação à civil, era exercida pelo Rei Romano, com o auxílio de um conselho de patrícios, concentrando-se, porém, na majestade de toda a sorte de poderes.<sup>14</sup>

Com o transcorrer dos tempos, na Justiça Militar, ora centralizada, ora não, passou-se a admitir a *provocatio ad populum*, isto é, a decisão dos recursos criminais em última instância pelo povo e sob a direção dos *duoviri perduellionis*, bem como a sujeição quase absoluta das tropas ao seu comandante, os *tribuni celerum*. Inicia-se a segunda fase.

No princípio, os Cônsules<sup>15</sup> julgavam, além das causas civis, as militares. Posteriormente, estas couberam àqueles somente; aquelas, aos Pretores. Entretanto, nas causas respectivas, os Cônsules não podiam, sem consultar previamente seus companheiros militares, impor a pena de morte à soldadesca.

Imediatamente abaixo dos Cônsules, havia os Tribunos que, nomeados por aqueles e pelo povo, exerciam o *imperium militae* que simbolizava uma dupla reunião: a participação no comando militar e na administração da justiça. Na sequência, respeitando-se a ordem hierárquica, exercia-se a jurisdição disciplinar.

Com o império teve início o terceiro período da Justiça Romano-Militar. Nessa fase, mesmo já havendo a delegação de poderes aos *promagistratus*, Augusto confiou aos prefeitos do Pretório um poder ilimitado, salvo, apenas, nas causas relativas ao oficialato superior. Competindo-lhes o conhecimento de todas as apelações, suas decisões, antes recorríveis, passaram a ser inatacáveis, restando aos condenados a indulgência imperial.

Nas províncias do Imperador, havia uma divisão qualitativa, de maior ou menor grau, relativamente ao julgamento dos casos criminais. Ao *legatus*, comandantes das legiões, competiam o julgamento e punição destes. Aqueles, ao presidente da Província.

Quanto às Províncias do Senado, aos Procônsules competia a jurisdição militar, sendo que, relativamente à condenação a pena capital, somente a poderiam infringir se por delegação do Imperador.

---

<sup>14</sup>CAMPOS JÚNIOR, José Luiz Dias. **Direito Penal e Justiça Militares** - Inabaláveis Princípios e Fins. Curitiba: Juruá, 2001. p. 49.

<sup>15</sup>Ibid., p. 49. Aqueles que exerciam o *imperium majus*, que eram representantes do governo.



À época de Constantino<sup>16</sup>, verifica-se o epílogo da história da justiça militar da Roma antiga. Em virtude da grande força política que as legiões romanas haviam adquirido, o imperador, visando a quebrantá-la, multipartiu-as, quebrando-lhes a consciência da própria força. Por corolário, houve a necessidade de modificação na Justiça Militar, o que se fez retirando-se o poder militar dos prefeitos do Pretório e delegando-o a duas espécies de Juízes: os *magistri peditum* e os *magistri equitum*, que com o passar dos tempos foram confundidos sob a denominação de *magistri militum*, sendo auxiliados por um *Consilium*, cuja manifestação, em que pese obrigatória por vezes, era meramente consultiva. Os *magistri militum* apreciavam quase todos os recursos pertinentes aos soldados, inclusive causas da esfera civil de menor gravidade, pois as de maior importância eram destinadas aos *magistri per províncias*.

Quanto às causas secundárias, seus julgamentos cabiam aos Condes e Duques, assistidos pelo *consistorium*, *auditorium*, meramente consultivo.<sup>17</sup>

Desta forma, José da Silva Loureiro Neto<sup>18</sup> conclui que a organização militar se modificou com o respectivo direito quando o império romano estendeu mais longe suas conquistas e no período gallo-franco, quando os francos, os burguinhões, os visigodos, etc. invadiram a Gallia levaram, não sua organização militar, porque não se pode chamar assim a formação de bandos desordenados de bárbaros, mas o modo de combater os romanos.

Para o autor é inquestionável que as origens históricas do Direito Criminal Militar, como de qualquer ramo de Direito, são principalmente as que nos oferecem os romanos e, sua política se caracterizava pela forma de dominar antes de tudo os povos pela força das armas e, depois, consolidar a conquista pela justiça das leis e sabedoria das instituições.<sup>19</sup>

<sup>16</sup>Constantino: primeiro Imperador romano cristão, era filho de Constâncio Cloro e de sua concubina, Helena, cresceu na corte do Imperador Diocleciano e teve educação esmerada, em 305, juntou-se ao pai, então nomeado “César” do Ocidente, e participou das campanhas da Britânia (Grã-Bretanha). No ano seguinte, com a morte de Constâncio Cloro, foi aclamado imperador pelas legiões que comandava. O título, porém, não foi reconhecido em Roma. Em 303, após muitas batalhas e lutas políticas, Constantino conseguiu derrotar seus oponentes, passando a dividir o império com Licínio, no mesmo ano foi promulgado o edito de Milão, reconhecendo oficialmente a religião cristã. Em 325, Constantino convocou o concílio ecumênico de Nicéia, que normatizou os cânones cristãos. Em 326, o Imperador iniciou a construção de Constantinopla (atual Istambul), com o fim de transferir para lá a sede oficial do governo, que sempre havia sido Roma. A nova cidade foi inaugurada em 330. Dali, Constantino governou até a morte, em 337 (IMPERADOR romano Constantino. UOL Educação, Biografias, São Paulo. Disponível em: <<http://educação.uol.com.br/biografias>>. Acesso em: 17 mai. 2010.).

<sup>17</sup>GUSMÃO, 1915, apud CAMPOS JÚNIOR, José Luiz Dias. **Direito Penal e Justiça Militares - Inabaláveis Princípios e Fins**. Curitiba: Juruá, 2001. p. 49

<sup>18</sup>LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 20.

<sup>19</sup>Ibid.

## 1.1 História da Justiça Militar no Brasil

Para melhor entender a história da Justiça Militar no Brasil necessário se faz dividir em Justiça Militar Federal e Justiça Militar Estadual, explicando-as separadamente.

Com a vinda da família real para o Brasil em 08 de março de 1808, Dom João, entre os inúmeros atos que lhe foram atribuídos, como por exemplo, a criação da Real Academia de Guardas-Marinha, atualmente Escola Naval, criação da Imprensa Régia, que após a independência passou a chamar-se de Tipografia Nacional, criação do Banco do Brasil, destacou-se a criação, pelo Alvará de 1º de abril do mesmo ano, o Conselho Supremo Militar e de Justiça, princípio do atual Egrégio Superior Tribunal Militar.<sup>20</sup>

O Conselho Supremo Militar e de Justiça compunha-se no início de nove Conselheiros de Guerra e de três Vogais, possuindo amplas atribuições de cunho administrativo, e o Supremo Tribunal de Justiça, formado pelos mesmos Conselheiros e Vogais além de outros três Juízes Togados, com funções circunscritas ao conhecimento, em reexame necessário, dos processos oriundos dos Conselhos de Guerra. “*A Justiça Militar Federal ostenta a condição de primogênita da judicatura nacional*”.<sup>21</sup>

Contudo, José Luiz Dias Campos Júnior afirma que, analisando-se a Carta Imperial de 25 de março de 1824, no Título V (Do Imperador), Capítulo III (Da Força Militar), artigos 145 a 150, e no Título VI (Do Poder Judicial), Capítulo Único (Dos Juízes e Tribunais de Justiça), artigos 151 a 164, não se constata qualquer referência àquela Justiça.

O autor salienta, ainda, que no tocante à primeira Constituição republicana, de 24 de fevereiro de 1891, bem como em suas emendas de 1925 e de 1926, embora não pertencente ao Poder Judiciário, conforme a análise do Título I (Da Organização Federal), Seção III (Do Poder Judiciário), artigos 55 a 62, a Justiça Militar Federal já estava prevista, sobretudo no Título IV (Dos Cidadãos Brasileiros), Seção II (Declaração de Direitos), artigos 77, e §§ 1º e 2º, que reproduzimos, *in verbis*:<sup>22</sup>

<sup>20</sup>A esse respeito confirmam COSTA, 1978. p. 17; BAPTISTA, NONAK, 1997, apud CAMPOS JÚNIOR, José Luiz Dias. **Direito Penal e Justiça Militares** - Inabaláveis Princípios e Fins. Curitiba: Juruá, 2001. p. 52.

<sup>21</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Imprensa Oficial do Estado. **História da Justiça Militar do Estado de São Paulo**. São Paulo: IOE, 1976. p. 11.

<sup>22</sup>CAMPOS JÚNIOR, José Luiz Dias. **Direito Penal e Justiça Militares** - Inabaláveis Princípios e Fins. Curitiba: Juruá, 2001. p. 53.

*Art. 77. Os militares de terra e mar terão foro especial nos delitos militares.*

*§ 1º. Este foro compor-se-á de um Supremo Tribunal Militar, cujos membros serão vitalícios, e dos conselhos, necessários para a formação da culpa e julgamento dos crimes.*

*§ 2º. A organização e atribuições do Supremo Tribunal Militar serão reguladas por lei (grifo nosso).*

Conforme o texto acima, “ressalta-se que, apenas, houve mudança na denominação do Tribunal, pois foram mantidos todos os componentes do antigo Conselho Supremo Militar e de Justiça, despojados de seus títulos nobiliárquicos, e denominados, genericamente, *Ministros*”.<sup>23</sup>

A Carta de 1934 inovou a matéria. A par de incluir a Justiça Militar no rol dos órgãos do Poder Judiciário, tirando-lhe o caráter administrativo que até então possuía, estendeu o foro militar aos assemelhados e mesmo aos civis, nos casos definidos em lei para a repressão dos crimes contra a segurança externa do país, ou contra as instituições militares.

A Carta de 1937 manteve o *status quo* estabelecido pela Constituição de 1934 relativamente à Justiça Militar, quer quanto à forma, quer quanto à sua posição e conceituação como órgão do Poder Judiciário.

A Constituição de 1946, a par de manter os preceitos estabelecidos pelas Constituições de 1934 e 1937, introduziu alterações na Justiça Castrense. Mudou a denominação de Supremo Tribunal Militar para Superior Tribunal Militar, do órgão cúpula da justiça castrense do país; reservou o título “Supremo”, com todo o acerto, ao Supremo Tribunal Federal, que é o único órgão de superposição da justiça brasileira.

A Revolução de 31 de março de 1964 trouxe mudanças significativas para a justiça castrense através dos Atos Institucionais, principalmente no tocante ao julgamento de civis, autores de crimes contra a segurança nacional, além dos crimes contra as instituições militares, também esta Carta firmou a competência da Justiça Militar para apreciar os crimes contra o Estado e a ordem política e social, previstos na Lei nº 1.802, de 5 de janeiro de 1953, competindo-lhe processar e julgar, nesses delitos, os governadores e secretários de Estado.

O diploma político de 1967 não operou grandes transformações na Justiça Militar, introduziu como grande inovação, o recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal das decisões proferidas pela justiça castrense, nos casos expressos em lei, contra civis,

---

<sup>23</sup>HISTÓRIA do STM, fundação. Superior Tribunal Militar, Brasília, p. 1. Disponível em: <<http://www.stm.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2009.

governadores e secretários de Estado. Cumpre notar, como matéria de relevância, que o Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, suspendeu a garantia constitucional do “habeas corpus” nos crimes políticos contra a segurança nacional, a ordem política e social e a economia popular.

A Constituição de 1969 não trouxe modificações ou alterações à Justiça Militar, tal como foi conceituada pelas Constituições anteriores.<sup>24</sup>

Finalmente, na atualidade, a Constituição de 05 de outubro de 1988, contempla a Justiça Militar Federal no artigo 92, VI, perpetuando-se a fidelidade com a renovação do Texto de 1934, da Seção I (Disposições Gerais), do Capítulo III (Do Poder Judiciário), do Título IV (Da Organização dos Poderes), e nos artigos 122 a 124 e seu parágrafo único, da Seção VII (Dos Tribunais e Juízes Militares), dos mesmos Capítulo e Título. De sua leitura, constata-se que compõem a Justiça Castrense: o Egrégio Superior Tribunal Militar (artigo 122, I); os Tribunais e Juízes Militares instituídos em lei (artigo 122, II).<sup>25</sup>

Quanto à competência, encontramos no artigo 124 da Magna Carta sua definição, sem o qual não teria sentido tal justiça castrense, estando-o assim definido:

*Artigo 124. À Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.*

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

## 1.2 História da Justiça Militar do Estado de São Paulo

Podemos observar que até a Constituição de 1934 não foi citada a Justiça Militar Estadual nas Leis Maiores de nosso País. Somente após a Constituição de 18 de setembro de 1946 é que a Justiça Castrense Estadual passou a ocupar a posição que hoje desfruta como órgão do Poder Judiciário dos Estados.<sup>26</sup>

No entanto, José Luiz Dias Campos Júnior diz que com o surgimento do embrião da Polícia Militar, instituída pela lei de 06 de junho de 1831, sob o simples nome de Guardas e a

<sup>24</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Imprensa Oficial do Estado. **História da Justiça Militar do Estado de São Paulo**. São Paulo: IOE, 1976. p. 11 a 13.

<sup>25</sup>CAMPOS JÚNIOR, José Luiz Dias. **Direito Penal e Justiça Militares** - Inabaláveis Princípios e Fins. Curitiba: Juruá, 2001. 2001. p. 55.

<sup>26</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Imprensa Oficial do Estado. **História da Justiça Militar do Estado de São Paulo**. São Paulo: IOE, 1976. p. 14.

aglutinação dos departamentos principiologicos dos Bombeiros Militares, já havia um prenúncio para seus controles.<sup>27</sup>

A Constituição de 1934,

[...] embora não dispendo expressamente sobre a Justiça Militar Estadual, conferiu à União competência privativa para legislar sobre a organização, instrução, **justiça** e garantias das forças policiais dos Estados, e condições gerais de sua utilização em caso de mobilização ou de guerra (artigo 5º, XIX, letra I).<sup>28</sup>

Após quase dois anos, as polícias militares foram reorganizadas por lei infraconstitucional, lei nº 192, de 17 de janeiro de 1936. “[...] e foi justamente essa lei que autorizou a organização da Justiça Militar nos Estados, conforme dispõe o parágrafo único do artigo 19: ‘Cada Estado organizará a sua Justiça Militar, constituindo, como órgão de primeira instância os Conselhos de Justiça e de segunda instância, a Corte de Apelação ou Tribunal Especial’.”<sup>29</sup>

Impulsionada pelo dinamismo fático que lhe propiciava a positivação, somente em 1946 essa Justiça alcançaria o píncaro hierárquico como órgão do Poder Judiciário.<sup>30</sup>

*Art. 124. Os Estados organizarão a sua justiça com observância dos artigos 95 a 97 e também dos seguintes princípios:*

[...]

*XII - A Justiça Militar estadual, organizada com observância dos preceitos gerais da Lei federal (art. 5º, XV, letra f), terá como órgãos de primeira instância os conselhos de justiça e como órgão de segunda instância um tribunal especial ou Tribunal de Justiça.*

Já no Estado de São Paulo, desde 1892, havia um prelúdio de uma Justiça Militar Estadual com a Auditoria da Força Pública, composta de um Auditor e de Conselhos de Justiça. As decisões do órgão eram revistas pelo presidente do Estado, cargo que corresponde ao atual Governador de São Paulo.<sup>31</sup>

<sup>27</sup>CAMPOS JÚNIOR, José Luiz Dias. **Direito Penal e Justiça Militares** - Inabaláveis Princípios e Fins. Curitiba: Juruá, 2001. p. 59.

<sup>28</sup>Ibid., p. 59.

<sup>29</sup>BRASIL. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Imprensa Oficial do Estado. **História da Justiça Militar do Estado de São Paulo**. São Paulo: IOE, 1976. p. 14.

<sup>30</sup>CAMPOS JÚNIOR, op. cit., p. 60, nota 27.

<sup>31</sup>A história da Justiça Militar Estadual nos mostra que, antes mesmo da Lei Estadual nº 2.856, de 8 de janeiro de 1937, que calcada na Lei Federal nº 192, de 17 de janeiro de 1936, criando a Justiça Militar, São Paulo já possuía um incipiente ordenamento castrense, não integrado ao Poder Judiciário. A situação perdurou até o ano de 1936. Com o advento da Lei Federal nº 192, de 17 de janeiro daquele ano, quando foi criada a Justiça Militar nos Estados, como já foi dito. O Governo do Estado, através da Lei Estadual nº 2.856, de 8 de janeiro de 1937, criou o Tribunal de Justiça Militar, com a denominação de Superior Tribunal de Justiça Militar

Mas foi pela lei nº 333, de 8 de julho de 1974, que a estrutura da Justiça Militar Estadual se aproximou do que é hoje, foram criadas a Terceira e Quarta Auditorias, sendo que a Terceira Auditoria passou a funcionar em substituição aos Conselhos Extraordinários, cujo prazo de vigência expirava.

Com a Emenda Constitucional número quarenta e cinco então, determinou-se as competências que hoje regem o Tribunal de Justiça Militar Estadual.

E, sendo a Polícia Militar do Estado de São Paulo resultado da fusão entre a Guarda Civil e a Força Pública em 1970 e por ser força auxiliar e reserva do Exército à época, também foi submetida ao mesmo instituto penal, obedecendo ao que preconiza o artigo 6º do Código de Processo Penal Militar.

## **2 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS ORIENTADORES DO PROCESSO PENAL E DO PROCESSO PENAL MILITAR**

Em um Estado Democrático de Direito, direitos e garantias devem estar expressos na Lei Maior, que é justamente o que ocorre no Brasil, que é um país humanista em sua essência, pois enfatiza a dignidade da pessoa humana, destacando-a na Constituição Federal no artigo 1º, inciso III.

Sendo o Direito de Processo Penal, e porque não dizemos que o Direito Processual Penal Militar também, a ferramenta garantista de um Estado Democrático de Direito, ou seja, a Constituição aplicada, necessário se faz discutirmos os princípios constitucionais que os regem, que podem ser vistos como alicerce das normas processuais.

O processo penal militar é um ramo do Direito que também busca aplicar as garantias de um Estado Democrático de Direito, assim sendo, podemos afirmar que os mesmos princípios que regem o processo penal, regem, também, o processo penal militar.

Ao discutirmos os Princípios Constitucionais do Processo Penal e, assim, do processo penal militar, estaremos tratando de um tema amplo e importante, que nos leva a refletir sobre os principais conceitos constitucionais e bases de outros ramos do Direito.

Desta forma, os Princípios Constitucionais do Processo Penal e do Processo Penal Militar a serem estudados são: Devido Processo Legal, Ampla Defesa, Contraditório, Juiz Natural, Publicidade, Obrigatoriedade e Presunção de Inocência.

O processo penal e o processo penal militar, além de instrumento de aplicação do Direito Penal e Penal Militar material, é também instrumento da realização da Justiça, daí a importância desses ramos do Direito, que não agem isoladamente, mas se completam com outros ramos do Direito.

O constituinte, em 1988, dada a importância do Direito Processual Penal, fez inserir na Constituição cidadã, inúmeras normas deste ramo do Direito, outro objetivo não teve, se não o de valorar normas processuais penais na Lei Maior de nosso País.

Alberto Silva Franco<sup>32</sup> cita em sua obra Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial que:

O Processo Penal é um complexo de relações Jurídicas que tem por objeto a aplicação da Lei Penal. Não há partes, pedido ou lide, nos termos empregados no processo civil. Juridicamente, acusação e defesa conjugam esforços, decorrência do contraditório e defesa ampla, para esclarecimento da verdade real. Ninguém pode ser condenado sem o devido processo legal.

## 2.1 Princípios Constitucionais

Ao afirmarmos que o Processo Penal é a Constituição aplicada, nos vimos obrigados a buscar o conceito de princípio a partir da Lei Maior para solidificarmos uma base de estudo no cerne da questão.

No que tange o processo penal militar, este também tem seu quinhão de responsabilidade quanto à aplicação da Constituição Federal, quando falamos em crime militar, é o processo penal militar que deverá instrumentalizar a lei penal militar no caso concreto, desta forma, este ramo do Direito não pode se distanciar de nossa carta política e de seus princípios informadores.

Entendemos por princípio o início, onde tudo se principia, é a estrutura, a base como alicerce. O princípio não aparece, mais sustenta as leis (Federais, Estaduais, Ordinárias, etc.), existindo para dar validade a elas.

Para Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Junior<sup>33</sup> não é possível estudar o texto constitucional positivo de qualquer Estado sem antes identificar os princípios que informaram tal documento.

É Jorge Miranda<sup>34</sup> quem explica a importância que existe entre os princípios e sua carga valorativa para o intérprete:

<sup>32</sup>FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Orgs.). **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p 1.

<sup>33</sup>ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 66.

<sup>34</sup>“Se assim se afigura em geral, muito mais tem de ser no âmbito do Direito Constitucional, tronco da ordem jurídica estadual, todo ele envolvido e penetrado pelos valores jurídicos fundamentais dominantes na comunidade e, sobretudo, tem de ser assim na consideração da Constituição material como núcleo de princípios e não tanto de preceitos ou disposições articuladas” (MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Portugal: Coimbra, 1983. v. 2, p. 198.).



Os princípios não se colocam, pois, além ou acima do Direito (ou do próprio Direito positivo); também eles – numa visão ampla, superadora de concepções positivistas, literalistas e absolutizantes das fontes legais – fazem parte do complexo ordenamental. Não se contrapõe às normas, contrapõem-se tão somente aos preceitos; as normas jurídicas é que se dividem em normas-princípios e normas-disposições.

Para José Afonso da Silva a palavra princípio é equivocada, pois aparece com sentidos diversos. Apresenta a acepção de começo, de início. Norma de princípio (ou disposição de princípio), por exemplo, significa norma que contém o início ou esquema de um órgão, entidade ou de programa, como são as normas de princípio institutivo e as de princípio programático.

O autor não entende ser nesse sentido que se acha a palavra princípio da expressão “princípios fundamentais”, do Título I, da Constituição, para ele, princípio exprime a noção de “mandamento nuclear de um sistema”.

As normas são preceitos que tutelam situações subjetivas de vantagem ou de vínculo, ou seja, reconhecem, por um lado, a pessoa ou entidade a faculdade de realizar certos interesses.<sup>35</sup>

Por outro lado, Celso Antonio Bandeira de Mello<sup>36</sup> define princípio da seguinte forma:

Princípio é um mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.

Assim, os princípios são ordenações que se irradiam e imantam os sistemas de normas, são “núcleos de condensações nos quais confluem valores e bens constitucionais”. Os princípios que começam por ser a base de normas jurídicas, podem estar positivamente incorporados, transformando-se em normas-princípio e constituindo preceitos básicos da organização constitucional.

Os princípios e as regras também possuem distinção entre si, os princípios são genéricos, podendo ser expressos ou tácitos, enquanto as regras são sempre expressas.

Ao diferenciarmos princípios de regras podemos dizer que, sabe-se que os princípios, ao lado das regras, são normas jurídicas. Os princípios, porém, exercem dentro do sistema normativo um papel diferente das regras. Estas, por descreverem fatos hipotéticos,

<sup>35</sup>SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 91.

<sup>36</sup>MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 450.

possuem a nítida função de regular, direta ou indiretamente, as relações jurídicas que se enquadrem nas molduras típicas por elas descritas. Não é assim com os princípios, que são normas generalíssimas dentro do sistema normativo.

## 2.2 Princípios Constitucionais do Processo Penal

Segundo Marco Antonio Marques da Silva<sup>37</sup>, os princípios constitucionais do Direito Penal cumprem uma função fundamentadora da intervenção do Estado Democrático de Direito na privacidade e intimidade das pessoas, através do poder de punir, estabelecendo os limites deste.

Já no Processo Penal, os princípios constitucionais proporcionam as regras segundo os quais o fato deve ser produzido e considerado válido para poder determinar consequências jurídicas.

Assim, o processo não é apenas um instrumento técnico, refletindo em si valores políticos ideológicos de uma nação, espelha-se em um determinado momento histórico e nas diretrizes básicas do sistema político do país.

José Frederico Marques<sup>38</sup> afirma que, dentro desse quadro, a jurisdição penal tem condições de atuar, através dos juízes e Tribunais de modo a fazer do processo, dentro das contingências humanas, um instrumento de garantia da liberdade e do “status dignitatis” dos acusados, com um procedimento que não seja meio e modo de perseguições indevidas, mas, ao reverso, a configuração do processo justo em que a lei penal seja aplicada, dando-se a cada um o que é seu.

Marco Antonio Marques da Silva<sup>39</sup> assevera ainda na mesma obra que, a Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada no dia 5 de outubro de 1988, trouxe grandes modificações no campo do Direito Processual Penal, regulamentou ainda mais o papel do Poder Judiciário na aplicação da Lei Maior, estabelecendo ainda novas garantias individuais e coletivas, além de criar mecanismos que tornem o processo e seus procedimentos mais céleres.

---

<sup>37</sup>SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 15.

<sup>38</sup>MARQUES, José Frederico. O processo penal na atualidade. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Orgs.). **Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 20.

<sup>39</sup>SILVA, op. cit., nota 37.

Desta forma, o Direito Processual Penal é o ramo da ciência jurídica que tem por conteúdo os princípios, institutos e normas concernentes à Administração da Justiça em matéria penal.

Cumprido, pois, ao Direito Processual Penal e ao Direito Processual Penal Militar, a sistematização dos preceitos que disciplinam os órgãos e funções da Justiça Penal e da Justiça Penal Militar.

Por essa razão, ele abrange em seu estudo, não apenas o processo penal propriamente dito, mas, também, o processo penal militar e os procedimentos preparatórios que antecedem a propositura da ação penal.

De outra parte, as leis e regras da organização judiciária criminal, e aquelas sobre a estruturação dos órgãos estatais não judiciários, que atuam em área da Administração da Justiça em matéria penal, abrangidas também estão no Direito Processual Penal.

Marco Antonio Marques da Silva<sup>40</sup> ressalta a importância dos princípios constitucionais, norteadores do processo penal, que é o Direito Constitucional Aplicado, e, destaca oito subitens dos princípios constitucionais do processo penal que são:

Princípio do *Due Process Of Law* (Princípio do Devido Processo Legal); Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa; Princípio Acusatório e Juiz Natural; Princípio da Publicidade; Princípio da Obrigatoriedade; Princípio da Presunção de Inocência; Princípio do *in dubio pro réu* e Princípio da Verdade no Processo Penal.

Para Alberto Silva Franco e Rui Stoco<sup>41</sup> as garantias existem não por acaso, mas para serem respeitadas, porque faz-se necessárias as realizações do indivíduo em sociedade e são indispensáveis ao bom funcionamento de uma ordem democrática, pois:

A submissão de uma pessoa à Jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do Poder Público, de um lado, e o resguardo à intangibilidade do *Jus Libertatis* titularizado pelo réu, de outro.

---

<sup>40</sup>SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 16.

<sup>41</sup>FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Orgs.). **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p 1.

### 2.2.1 O princípio do devido processo legal

O princípio do devido processo legal foi expressamente abrigado pelo inciso LIV, do artigo 5º, da Constituição da República de 1988<sup>42</sup>, dizendo que “ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Devido Processo Legal é uma expressão que deriva do inglês “due process of law”, este princípio obriga à obediência aos ditames legais de nosso ordenamento jurídico, ou seja, a lei é o caminho a ser seguido no curso do processo, constituindo, basicamente, a garantia de que o conteúdo da jurisdicionalidade é a legalidade, *nullus actum sine lege*, ou seja, o rigor de obediência ao previamente estabelecido na Lei.

Para Nelson Nery Junior,

[...] bastaria a norma constitucional haver adotado o princípio do *due process of law* para que daí decorressem todas as conseqüências processuais que garantiriam aos litigantes o direito a um processo e uma sentença justa. É, por assim dizer, gênero do qual todos os demais princípios constitucionais do processo são espécie.<sup>43</sup>

O autor salienta que, guardada fidelidade à matriz norte-americana, o princípio do devido processo penal possuiria um sentido genérico – material e processual – caracterizado pelo trinômio vida-liberdade-propriedade. Em outras palavras, significaria o direito à tutela, a esses bens jurídicos em seu sentido mais amplo.

Entretanto, a doutrina e a jurisprudência brasileira tem empregado o princípio num sentido eminentemente processual. Neste específico, o devido processo legal traduziria, segundo o precitado autor, um princípio-mãe, que implicaria a observância estrita das seguintes regras:

- a) direito a prévia citação para conhecimento do teor da acusação;
- b) direito a um juiz imparcial;
- c) direito ao arrolamento de testemunhas e à elaboração de reperguntas;
- d) direito ao contraditório (contrariar provas inclusive);
- e) direito à defesa técnica;
- f) direito à igualdade entre acusação e defesa;

<sup>42</sup>ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 183.

<sup>43</sup>NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. São Paulo: Revista do Tribunais, 2004. p. 27.

- g) direito de não ser acusado ou processado com base em provas ilícitas;
- h) privilégio contra a autoincriminação.

Ressalta, nesse sentido, a regra constitucional de proibição das provas ilícitas. A ilicitude de uma prova decorre da forma de sua obtenção ou do momento – ilícito – de sua introdução no processo. No primeiro caso, denomina-se a prova materialmente ilícita. No segundo, formalmente ilícita.

Tanto em um caso, como em outro, as provas ilícitas são vedadas pelo nosso ordenamento jurídico, seja na lei infraconstitucional, seja na Lei Maior, não cabendo contestações.

O devido processo legal não se destina tão somente ao intérprete da lei, mas já informa a atuação do Legislador, impondo-lhe a correta e regular elaboração da lei processual penal. Em outras palavras, o juiz está submetido e deve submeter as partes à norma processual penal vigente, o que caracteriza a garantia constitucional.<sup>44</sup>

Por outro lado, obedecido o devido processo legal, além de assegurar-se a liberdade do indivíduo contra a ação arbitrária do Estado, busca-se uma correta atuação do poder jurisdicional, evitando-se as nulidades do processo. Desse modo, em uma outra instância, é o próprio processo que fica garantido.

O devido processo legal importa num amplo espectro de garantias que dele devem necessariamente decorrer para que se atenda a exigência do Estado Democrático de Direito. O tratamento das partes será sempre paritário, em razão do princípio da isonomia, pois, perante o Estado Jurisdicção, não pode haver parte com destaque de importância. Autor e réu têm, enquanto partes, os mesmos direitos e deveres.

Antonio Scarance Fernandes<sup>45</sup> assevera que, como centro irradiador do Direito Processual e a inclusão do procedimento no âmbito do processo, foram feitas para justificar a conclusão de que os estudos do processo constitucional devem ser lidas a partir das garantias do devido processo, ou, mais especificamente, a partir das garantias do devido processo penal e, ainda, para justificar a inclusão de garantias de ordem procedimental neste título.

---

<sup>44</sup>SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 17

<sup>45</sup>FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 45.

Mais recentemente começou a ser dado destaque ao estudo separado das garantias do processo penal. Este se insere dentro do amplo estudo da genérica garantia do devido processo legal.

A garantia do devido processo legal tem como antecedente remoto o artigo 39 da Magna Carta, outorgada em 1215 por João Sem-Terra a seus Barões na Inglaterra. Fala-se inicialmente em *Law of the Land*.<sup>46</sup>

Passo importante dado para alargar o universo das garantias do devido processo consistiu na introdução, nas Constituições, em acréscimo às garantias explícitas, de regra genérica destinada a assegurar a garantia do devido processo legal, posta como uma “garantia inonimada”.

Nesse quadro amplo insere-se o devido processo penal, que examina as mesmas garantias do devido processo legal em face do processo penal.<sup>47</sup>

No Processo Penal Militar, igualmente ao Processo Penal comum, o princípio do “devido processo legal” deve ser obedecido para que haja uma instrumentalização justa quando da aplicação da lei penal militar.

A observância das normas do Código Penal Militar e do Código de Processo Penal Militar em consonância com a Constituição Federal, respeitando o direito a prévia citação para conhecimento do teor da acusação, o direito a um juiz militar imparcial, no caso de crime militar contra civil e do Conselho de Justiça no caso de crimes propriamente militares, o direito ao arrolamento de testemunhas e à elaboração de reperguntas, o direito ao contraditório (contrariar provas inclusive), o direito à defesa técnica, o direito à igualdade entre acusação e defesa e, ainda, o direito de não ser acusado ou processado com base em provas ilícitas.

---

<sup>46</sup>Foi esse o primeiro documento jurídico a fazer menção a esse princípio, quando no seu artigo 39, utilizou a locução “*per legem terrae*”, redigida em latim e mais tarde traduzida para “*law of land*”, ou seja, “lei da terra”. Essa expressão importava, antes e tudo, na vinculação dos direitos às regras comuns por todos aceitas, decorrentes de precedentes fáticos e judiciais (SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 16.).

<sup>47</sup>FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 46.

### 2.2.2 O princípio da ampla defesa e do contraditório

Em decorrência do devido processo legal dá-se às partes os direitos ao contraditório e a ampla defesa. Direitos esses que estão proclamados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, na parte final do artigo 11, inciso I e no artigo 8º, nº 2, letras *b*, *c* e *f*.<sup>48</sup>

Quando citamos a ampla defesa, de forma genérica, estamos na verdade tratando de um instituto em sentido *latu*, pois fazem parte da ampla defesa o contraditório e a ampla defesa (esta em sentido *strictu*). Podemos dizer que o contraditório é o direito que tem o acusado de contradizer tudo que lhe é imputado, contrariar as acusações alegando a sua verdade aos fatos, negando os fatos ou sua participação neles. Já a ampla defesa em sentido *strictu* diz respeito a todas as formas de defesa existentes, ou seja, o acusado tem direito a fazer todos os tipos de provas, desde que lícitas, para sua defesa, entre elas pode-se colher o testemunho de pessoas, que seria a prova testemunhal, colher provas materiais através de perícias, solicitar diligências, etc.

Em nosso ordenamento jurídico, as garantias do contraditório e da ampla defesa estão previstas no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal:

*[...] aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral, são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

O princípio do contraditório é absoluto, ou seja, qualquer violação leva a existência de nulidade processual. A ampla defesa é um corolário do processo como modo de garantia individual. A defesa, tal como a ação, é também um direito constitucional e processualmente garantido.

Desse modo, como no processo a acusação é exercida por um órgão que possui conhecimentos técnico-jurídicos, também ao acusado deve ser proporcionada idêntica oportunidade de se ver representado em juízo por quem tenha igual formação a do órgão de

---

<sup>48</sup>[...] toda a pessoa acusada de delito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas: b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada; c) concessão ao acusado do tempo e dos meios adequados para a preparação de sua defesa; (...) f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos [...] (SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 17.).

acusação, sob pena de violar-se o tratamento paritário que é uma imposição do princípio do devido processo legal.<sup>49</sup>

Deve ser mencionado, ainda, como uma garantia da ampla defesa a proibição da *reformatio in pejus*, como objetivo de impedir que haja uma modificação da situação jurídica consubstanciada em uma decisão inexistente de recurso da acusação ou norma de ordem pública a ser aplicada. A pretensão concreta delimita a alçada e predetermina o objeto de alcance do juiz superior, devendo ele desenvolver sua função dentro do conteúdo material.<sup>50</sup>

Decorre ainda dos princípios do contraditório e da ampla defesa, a imposição constitucional da publicidade dos julgamentos e da motivação das decisões judiciais, prevista no artigo 93, IX, da Carta Magna.

Entre nós, o princípio do contraditório é dogma constitucional. Na verdade, dispunha a Constituição de 1967, com redação dada pela Emenda Constitucional nº I/69, no § 15 do artigo 153, que “*a lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes*”. E, em seguida, no § 16, determinava: “*A instrução criminal será contraditória*”.<sup>51</sup>

No processo penal militar, a ampla defesa e o contraditório encontram acento nos artigos 71 e 241, onde está escrito:

*Art. 71. Nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor; e*

*Art. 241. Impõe-se à autoridade responsável pela custódia o respeito à integridade física e moral do detento, que terá direito à presença de pessoa da sua família e a assistência religiosa, pelo menos uma vez por semana, em dia previamente marcado, salvo durante o período de incomunicabilidade, bem como a assistência de advogado que indicar, nos termos do art. 71, ou, se estiver impedido de fazê-lo, à do que for indicado por seu cônjuge, ascendente ou descendente.*

Desta forma, o processo penal militar assegura o direito ao contraditório e a ampla defesa ao acusado através de um defensor devidamente constituído, ou quando, impossibilitado de fazê-lo, devidamente indicado por pessoa do seu convívio familiar.

<sup>49</sup>SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 20.

<sup>50</sup>Ibid, p. 21.

<sup>51</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2000. v.1, p. 48.



### 2.2.3 O princípio do juiz natural

A garantia do Juiz natural se insere no princípio do Estado de Direito e se apresenta como uma imposição do princípio do *due process of law*.

Este princípio expressa a preocupação do Estado em não permitir que alguém seja processado e julgado senão por Juízes integrantes do Poder Judiciário e que sejam investidos de atribuições jurisdicionais de acordo com os preceitos da Lei Maior.<sup>52</sup>

São várias as denominações utilizadas para a garantia a ser examinada: garantia do Juiz natural, do Juiz legal, do Juiz competente. No Direito espanhol usa-se a denominação “Juiz competente”, enquanto “Juiz legal” é a usada no Direito alemão. Entre nós, a denominação mais utilizada é a de “Juiz natural”.<sup>53</sup>

É com essa garantia que fica assegurada a imparcialidade do juiz, vista não como atributo do juiz, mas como pressuposto da própria existência da atividade jurisdicional. Com isso, a garantia não é mais enfocada em face do conceito individualista de garantia da parte, mas como garantia da própria jurisdição.<sup>54</sup>

Juiz natural é o órgão previsto, explícita ou implicitamente, pela Constituição, como aquele de competência genérica para espécie de infração penal que se apresenta.

Dentro dos campos de atuação da jurisdição competente, que poderá ser comum ou especial (como a Justiça Militar ou a Justiça Eleitoral), o Legislador ordinário tem um campo de ordenação possível, de tal sorte que poderá estabelecer normas destinadas a regulamentar a distribuição do poder jurisdicional entre os órgãos que compõem cada uma dessas justiças. Ao Legislador ordinário é vedado, porém, por uma impossibilidade constitucional, de atribuir competência para o processo e julgamento de infrações penais desrespeitando a anterior demarcação constitucional, que determina uma separação de funções das justiças especiais como a justiça comum.

---

<sup>52</sup>SILVA, Marco Antonio Marques da. **A vinculação do juiz no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993. p. 39.

<sup>53</sup>FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 131.

<sup>54</sup>*Ibid.*, p. 132.

De outro lado, o princípio do juiz natural não é derogado pelas modificações de competência, contidas em nossa lei processual, nem tão pouco os desaforamentos e as prorrogações de competência.

Completando o princípio do juiz natural, estão vedados, pelos dispositivos constitucionais, os chamados tribunais de privilégio ou exceção. O propósito constitucional é impedir a criação dentro da Justiça comum e da Justiça Especial os órgãos *ad hoc* ou a designação de juízes especiais para o julgamento desta ou daquela infração.<sup>55</sup>

#### 2.2.4 O princípio da publicidade

O princípio da publicidade é incorporado nos principais textos internacionais como garantia processual fundamental, sendo considerada uma das garantias mais importantes do processo, em especial do processo penal.<sup>56</sup>

Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>57</sup> diz que os atos processuais são públicos e que tal princípio é próprio do processo de tipo acusatório.

Fernando da Costa Tourinho Filho citando Eberhard Schmidt, explica que o significado da Justiça Penal é tão grande; o interesse da comunidade no seu manejo e em seu espírito é tão importante, a situação da Justiça, na totalidade da vida pública, é tão problemática, que seria simplesmente impossível eliminar a publicidade dos debates judiciais, e arremata:

[...] se isto ocorresse, só poderia significar o temor da Justiça à crítica do povo, é a chamada “crise de confiança” na Justiça seria algo permanente (Derecho, cit. P. 102).

Em nossa Constituição Federal, a previsão do princípio da publicidade está inserida no artigo 5º, inciso LX, da seguinte forma: “*a Lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou interesse social o exigirem*”.

O autor salienta, ainda, que foi a atual Carta Magna, de 5 de outubro de 1988, que elevou à eminência constitucional a garantia da publicidade dos atos processuais.

<sup>55</sup>CRETELLA JÚNIOR, apud SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 22.

<sup>56</sup>SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 23.

<sup>57</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2000. v.1, p 46.

O tema, antes era cuidado apenas pelo Código de Processo Penal, no artigo 792. Assim, apesar de não estar antes na Carta Constitucional, a garantia já estava incorporada à cultura do processo brasileiro, encontrada nos códigos.<sup>58</sup>

Marco Antonio Marques da Silva<sup>59</sup> salienta que não é um direito absoluto, podendo a lei estabelecer, como exceção, e desde que esteja motivado, um certo sigilo naqueles casos que poderá afetar de forma irretratável direitos de terceiros, mas jamais poderá estabelecer o sigilo com relação ao réu, sob pena de infringir o princípio da publicidade.

### 2.2.5 O princípio da obrigatoriedade

O princípio da obrigatoriedade, também chamado da legalidade por alguns autores, tem por fundamento a necessidade de se dar uma resposta jurídica, nos termos da lei, a um fato com características de crime ou contravenção.

No âmbito militar essa resposta vem através da Justiça Militar quando ocorre um crime militar tipificado na legislação castrense.

No Estado Democrático de Direito, a regra é que ao Estado caiba a aplicação de sanção penal, que é irrenunciável, por não pertencer à parte acusadora, no caso o Ministério Público.<sup>60</sup>

O princípio da obrigatoriedade teve vigência até o advento da lei nº 9.099/95, de forma quase absoluta, excetuado tão somente pelos crimes de ação penal privada e pública condicionada à representação ou requisição.

No caso do processo penal militar isto não ocorre, pois não existe a figura da ação penal privada, de acordo com o artigo 29, do Código de Processo Penal Militar, que assim dispõe: “*A ação penal é pública e somente pode ser promovida por denúncia do Ministério Público Militar*”.

E, também, pelo fato de não se aplicar à Justiça Militar a lei nº 9.099/95, que instituiu os Juizados Especiais, que de acordo com o artigo 90-A desta Lei, o Legislador vedou a

<sup>58</sup>FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 71.

<sup>59</sup>SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 23.

<sup>60</sup>Ibid., p. 24.

possibilidade da pessoa que comete crime militar, seja ela civil (somente no âmbito da Justiça Militar Federal) ou militar (Federal ou Estadual) de ser “beneficiado” por esta Lei.

Na Justiça Militar Federal não se tem notícia de ação privada subsidiária da pública, o que vem demonstrar o zelo e a responsabilidade do Ministério Público Militar, dono da ação penal.<sup>61</sup>

Mesmo a opção do Ministério Público pelo arquivamento sempre foi interpretada não como uma faculdade, mas como um modo de se evitar um abuso de poder por parte do Estado. Isso se justificava, ainda, com fundamento no fato de que mesmo quando o Ministério Público requeria o arquivamento do inquérito policial, ele deveria fundamentá-lo na inexistência de indícios suficientes da existência ou da autoria da infração penal.<sup>62</sup>

O Direito Penal é deixado para atuar somente naquelas áreas onde comprovadamente haja fracassado sua regulação por outras instâncias do controle social. Este fato ocorre, atualmente, como as questões atinentes ao âmbito econômico e ao meio ambiente.

Nesse mesmo movimento o processo penal necessariamente deve sofrer mudanças, aí o princípio da obrigatoriedade vai sendo substituído em um número cada vez maior de legislações pelo princípio da oportunidade, como uma forma inicial de seleção dos comportamentos, que, necessariamente, deverão ser submetidos aos rigores de uma persecução penal.<sup>63</sup>

O princípio da obrigatoriedade pode ser visto com duas vertentes, a primeira é que este princípio se dirige à autoridade policial, obrigando-a a instaurar inquérito policial sempre que souber da ocorrência de crime apurável mediante ação penal pública; e a segunda é que se dirige ao Ministério Público, obrigando-o a promover a ação penal em crimes de ação pública, sempre que tiver os elementos mínimos, necessários para tanto.

Numa comparação deste princípio com a legislação estrangeira, podemos observar que em outros países existe o “princípio da oportunidade”, largamente utilizado, pelo qual se faculta ao órgão do Ministério Público promover ou não a ação penal, com possibilidade de negociação.

---

<sup>61</sup>ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 122.

<sup>62</sup>SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 24.

<sup>63</sup>Ibid., p. 25.

No Brasil, o princípio da oportunidade ou conveniência, é aplicado nos casos de ação penal privada, porquanto, o titular do direito ofendido ou seu representante legal, têm discricionariedade para dispor da ação penal.

Nos casos de ação penal pública não há que se falar em oportunidade ou conveniência por parte dos Membros do Ministério Público, não possibilitando a negociação nem lhe facultando o oferecimento da denúncia.

### 2.2.6 O princípio da presunção de inocência

O princípio da presunção de inocência tem fundamento na máxima de que ninguém será considerado culpado até que se prove o contrário.<sup>64</sup>

A bem do rigor, a *mens constitutiones* foi atribuir ao autor da ação penal – de regra, o Ministério Público – o ônus de provar a existência do fato criminoso e a sua autoria. A falta de demonstração probatória desses elementos, a ação penal deve ser julgada improcedente, senão com outro fundamento, com base na insuficiência de provas.

Ao tratarmos da presunção de inocência, necessário se faz lembrarmos que esta é originada do instituto do *in dubio pro reo*, onde o réu é poupado diante da menor dúvida sobre sua culpabilidade em relação aos fatos do qual é acusado.

Ricardo Alves Bento<sup>65</sup> salienta a distinção do princípio da presunção de inocência da não culpabilidade do acusado, para o autor, aquele coloca o réu em situação positiva, enquanto este o deixa em posição neutra dentro do processo, complementando:

Para esse dualismo existente no processo penal em que, de um lado, o processo existe para punir o delinqüente e, de outro, para evitar que sejam castigados os inocentes, neste prisma, a presunção de inocência aparece como princípio orientador de todo o processo penal, equiparado a um Direito Fundamental do Estado Democrático de Direito brasileiro.

Este princípio nada mais representa que o coroamento do *due process of law*: é um ato de fé no valor ético da pessoa, próprio de toda sociedade livre, assevera Antonio Castanheira Neves.<sup>66</sup>

<sup>64</sup> ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 185.

<sup>65</sup> BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007. p. 16.

Há mais de cem anos, a Constituição Francesa proclamava:

*Tout homme étant présumé innocent jusqu'à ce qu'il ait été déclaré coupable; s'il est jugé indispensable de l'arrêter, toute rigueur qui ne serait nécessaire pour s'assurer de sa personne, doit être sévèrement réprimée par la loi.*

O que significa dizer que “todo homem é considerado inocente, até o momento em que, reconhecido como culpado, se julgar indispensável a sua prisão; todo rigor desnecessário, empregado contra a pessoa, deve ser severamente reprimida pela lei”.

Tal princípio se espalhou pelo mundo civilizado, ditado pelo pensamento jurídico-liberal, e, em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, da Organização das Nações Unidas (ONU), o proclamou em seu artigo 11.<sup>67</sup>

O artigo 11, da Declaração Universal dos Direitos do Homem, adotada pela Resolução 217, inciso III, da Assembleia Geral das Nações Unidas, em sessão realizada em Paris, em 10.12.1948, prevê a presunção de inocência, dizendo:

*Todo homem acusado de um ato delituoso tem o direito de ser presumido inocente até que sua culpabilidade tenha sido provada de acordo com a lei, em julgamento público no qual lhe tenha sido asseguradas todas as garantias necessárias à sua defesa.*

Portanto, o princípio da presunção de inocência teve sua proclamação na França, na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, sendo reconhecida pela sociedade internacional através da Declaração Universal dos Direitos do Homem, no artigo acima citado, e na Convenção Europeia dos Direitos do Homem, no artigo 6º.<sup>68</sup>

Na Constituição Federal, o princípio da presunção de inocência está previsto no artigo 5º, inciso LVII, dizendo: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

Contudo, a expressão não foi explicitada, mas decorre da conceituação normativa que se trata de uma garantia constitucional, que necessita, diante da sistemática do nosso Direito, de uma determinação de seu conteúdo.

<sup>66c</sup>Assenta no reconhecimento dos princípios do direito natural como fundamento da sociedade, princípios que, aliados à soberania do povo e ao culto da liberdade, constituem os elementos essenciais da democracia” (NEVES, Antonio Castanheira. **Sumário de processo penal**. Coimbra, 1967. p. 26.).

<sup>67</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo penal**. São Paulo: Saraiva, 2000. v.1, p. 65.

<sup>68</sup>SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 25.

Com relação à determinação da computada, a presunção de inocência impõe que somente possa ser considerada provada a responsabilidade do acusado, quando estiver de acordo com a lei processual.

Esta lei estabelece os modos e condições para que os fatos possam ser considerados provados, para fins de processo penal, e para derrubar a presunção de inocência que vige a favor do imputado, até o trânsito em julgado da sentença.

### **2.3 Relevância Constitucional e a Emenda Constitucional nº 45**

Desde a vinda da família real para o Brasil, no início do século XVIII, houve uma preocupação em criar e manter uma Justiça Militar em nosso país.<sup>69</sup>

A criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça pelo alvará de 1º de abril de 1808, a previsão de um foro especial para os militares de terra e mar na primeira Constituição Republicana, de 24 de fevereiro de 1891, no artigo 77, §§ 1º e 2º, a inclusão da Justiça Militar no rol dos órgãos do Poder Judiciário, na Constituição de 1934 e, finalmente, a atual Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988, contemplando a Justiça Militar a partir do artigo 92, assim, confirmam a importância desse ramo da Justiça para nosso país.

Não foi por acaso que o constituinte manteve a previsão da Justiça Militar em nossa Carta Política entre os mais relevantes, destacamos a necessidade da manutenção de uma Justiça Especial ao se tratar da Justiça Militar Federal, e de uma Justiça Especializada ao se tratar da Justiça Militar Estadual.

O objetivo não foi outro, senão o de possuir um colegiado especializado no Direito Penal Militar e no processo penal militar para atuar nos casos de crime militar, ou seja, Magistrado e Membros do Ministério Público com conhecimento específico numa área pouco conhecida.

É importante ressaltar que os Magistrados, tanto em âmbito federal como em âmbito estadual, são juízes togados, ou seja, juízes de carreira, concursados para atuarem na Justiça

---

<sup>69</sup>O Superior Tribunal Militar e, por extensão, a Justiça Militar brasileira, foi criado, em 01 de abril de 1808, por alvará com força de lei, assinado pelo Príncipe-Regente D. João, com a denominação de Conselho Supremo Militar e de Justiça. É o mais antigo Tribunal Superior do país (MIGUEL, Cláudio Amin; COLDIBELLI, Nelson. **Elementos de Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 1.

Militar, já os Membros do Ministério Público não, somente o Ministério Público Federal possui a especialização Militar, concursados para atuarem na Justiça Militar Federal, no âmbito estadual, a carreira é única e, o mesmo representante do Ministério Público que atua na Justiça comum pode ser designado para trabalhar junto à Justiça Militar Estadual.

A necessidade de se conhecer o Direito Penal Militar e o processo penal militar profundamente, aliado às peculiaridades da vida em caserna que o militar leva, caracterizando condutas típicas, trejeitos, hábitos, motivaram a Justiça Militar e, também, o ideal de se julgar os militares por seus pares, mesmo princípio do Tribunal do Júri, àqueles que convivem num mesmo nicho social ao se falar dos Conselhos Militares de Justiça, para que se busque uma maior isonomia no julgamento ao avaliar o bem jurídico militar.

Eduardo Augusto Alves Vera Cruz Pinto<sup>70</sup>, também, compartilha do entendimento da necessidade de uma justiça especializada e seu regramento constitucional ao afirmar que o Poder Judiciário reconhece a necessidade da especificidade da sociedade castrense, dizendo:

O jurídico reconhece a especificidade da sociedade castrense e a necessidade de adaptar os conceitos e regras jurídicos às idéias estruturais de missão, hierarquia, disciplina e coesão que caracterizam as Forças Armadas e constituem condição essencial para o normal funcionamento da instituição militar. Existe um sistema de valores jurídicos comuns, de matriz constitucional, que tem de estar ínsito, numa ordenação axiológica, ao sistema normativo interno auto-erigido pela tradição militar.

Destaca-se, ainda, a Emenda Constitucional nº 45, de 08 de dezembro de 2004, chamada de “Reforma do Judiciário”, a qual reestruturou todo o Poder Judiciário, inclusive a Justiça Militar.

No que concerne à Justiça Militar Estadual, a Emenda trouxe inúmeras modificações, como, por exemplo, acresceu os §§ 3º a 7º ao artigo 125 da Carta Magna.

Desta forma, temos que: o § 3º do artigo supra citado da Carta Magna, possibilita que, os Estados membros, através de proposta do Tribunal de Justiça, criem a Justiça Militar Estadual, distinguindo em primeiro e segundo grau, em primeiro grau pelos Juízes de Direito e pelos Conselhos de Justiça, e em segundo grau, nos Estados em que o efetivo militar for superior a vinte mil integrantes, o Tribunal de Justiça Militar.

---

<sup>70</sup>PINTO, Eduardo Augusto Alves Vera Cruz. Os Tribunais Militares e o Estado de Direito Democrático. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 57.



Vale ressaltar que apenas os Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul possuem atualmente Tribunal de Justiça Militar.

Nos demais entes da Federação, o crime militar é processado e julgado, em primeira instância, pelas Auditorias Militares criadas para este fim, e nos Estados que não as possuem, são processados e julgados pela própria vara criminal.

Contudo, exceto os Estados mencionados anteriormente, em segundo grau, a competência é do próprio Tribunal de Justiça daquele Estado.

A competência da Justiça Militar Estadual está no § 4º, do artigo 125, da Constituição Federal, afirmando que compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares.

A alteração que o Legislador fez com referência à competência foi quanto ao exame pelo Judiciário dos atos disciplinares militares, que antes era de competência da Vara da Fazenda Pública apreciar tal ação.

Neste parágrafo, ainda, destaca-se que foi mantida a supremacia do Tribunal do Júri sobre a Justiça Militar Estadual, nos casos de crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, contudo, se a vítima for outro militar, cabe à Justiça Castrense o processo e julgamento do militar.

No § 5º foi feita a distinção da competência do juiz singular e do Conselho de Justiça, o que antes não havia, sendo que compete ao Juiz de Direito, (antes chamado de Juiz Auditor, por causa das Auditorias Militares), julgar os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares, e compete ao Conselho de Justiça, sob a presidência do Juiz de Direito, (antes a presidência era do oficial de maior patente), processar e julgar os demais crimes militares.

Essas alterações fortaleceram a Justiça Militar Estadual, ampliando o rol de competência e definindo melhor as atuações dos Juizes de Direito e dos Conselhos de Justiça.

Destarte, muito se questiona acerca do Tribunal de Justiça Militar ser juízo de exceção, e que este estaria combatido pela Constituição Cidadã, todavia, os militares, embora sejam pessoas iguais a todos os brasileiros, têm missão e compromisso com a defesa e a preservação da ordem pública da Nação e sua respectiva soberania.

A previsão constitucional da Justiça Militar, desta forma, afasta a forma de tribunal “*ad hoc*” ou de exceção, e garante a legalidade de sua existência e o fim para o qual foi criada.

### 3 COMPOSIÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

Quanto à necessidade de se ter um corpo jurisdicional especializado para submeter os militares, quando do cometimento de um crime militar, a um julgamento legalista, permeado de características próprias, não se discute.

Eduardo Augusto Alves Vera Cruz Pinto<sup>71</sup> afirma que o Tribunal Militar não é um direito dos militares, mas um dever deles para com a comunidade e para com o poder político, quando democraticamente exercido.

Veja que, os Estados Federativos do Brasil, com acento constitucional, constituem parte de suas polícias como um corpo militar, estes Estados também devem providenciar justiças especializadas para julgar seus delitos, que, por vezes, possuem características diferenciadas dos delitos cometidos pelos civis.

Independente do crime cometido ser próprio ou impropriamente militar, se cometido por militar, no âmbito estadual, cabe à Justiça Castrense julgá-lo.

Desta forma, estudaremos a Constituição e a composição deste ramo especializado da Justiça, no âmbito estadual, em especial do Estado de São Paulo, sua previsão legal e competência constitucional, bem como os Conselhos da Justiça Militar, Especial e Permanente.

A Justiça Militar Estadual, fruto do histórico já visto neste trabalho e com base fática na Constituição da República Federativa do Brasil, em seu artigo 125, §§ 3º e 4º, constitui uma Justiça Especializada.

Formada pelos Juizes de Direito do Juízo Militar em primeiro grau, em quatro Auditorias e pelo Tribunal de Justiça Militar em segunda instância, esta sediada na Rua Dr. Vila Nova, nº 285, Vila Buarque, São Paulo, Capital.

---

<sup>71</sup>Assim, a existência de tribunais militares não é um direito dos militares é um dever deles para com a comunidade e para com o poder político quando democraticamente exercido. É o povo através dos seus representantes, que decidiu ter uma Força Armada que exige, porque não pode prescindir que assim seja (é condição necessária da condição política e jurídica de ter Forças Armadas), que os militares sejam disciplinados e obedientes à hierarquia na execução das ordens do poder político. Só os tribunais militares podem garantir com êxito esse desiderato porque só pode julgar com acerto quem tem um saber feito de experiência e uma formação jurídica adequada para, competentemente, subsumir os factos às regras na criação da solução justa e eficaz que constará da sentença (PINTO, Eduardo Augusto Alves Vera Cruz. Os Tribunais Militares e o Estado de Direito Democrático. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 60.).

Esta sede da Justiça Militar Estadual foi inaugurada em 12 de janeiro de 1976, contudo, a história mostra que, antes mesmo da Lei Estadual nº 2.856, de 08 de janeiro de 1937, calcada na Lei Federal nº 192, de 17 de janeiro de 1936, que criou a Justiça Militar Estadual, São Paulo já possuía um incipiente ordenamento castrense, não integrado ao Poder Judiciário.<sup>72</sup>

### 3.1 Os Conselhos da Justiça Militar

Jorge César de Assis esclarece que a existência dos Conselhos de Justiça Militar perde-se no tempo do processo penal pátrio.<sup>73</sup>

O Conselho de Justiça ou Escabinato é um órgão judicante colegiado de primeira instância *sui generis*, composto por um Juiz Togado (juiz de carreira, concursado) e quatro juízes militares, conforme dispõe a Constituição Federal em seus artigos 122, inciso II (âmbito federal) e 125, § 3º (âmbito estadual).

O autor acrescenta ainda que é *sui generis* em razão de sua divisão prevista no artigo 16, da lei nº 8.457/92, aplicável igualmente à Justiça Militar Estadual.

Por se tratar da primeira instância da Justiça Militar, existe também o Juiz Substituto, que auxilia o Juiz de Direito do Juízo Militar e, na sua ausência, o substitui, presidindo o Conselho.

Vale lembrar, que a Emenda Constitucional nº 45 de 2004, alterou a nomenclatura do Juiz atuante na Justiça Militar, que era chamado de Juiz Auditor, (por causa das Auditorias Militares), para Juiz de Direito do Juízo Militar, como o é na Justiça comum, da mesma forma, assim é chamado o Juiz Substituto.

A Emenda Constitucional, também, alterou a Presidência do Conselho na Justiça Militar Estadual, que antes era do Juiz Militar de maior Patente, como o é na Justiça Militar Federal, passando agora a Juiz de Direito.

<sup>72</sup>HISTÓRIA, competência e composição. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.tjm.sp.gov.br>>. Acesso em: 17 set. 2009.

<sup>73</sup>“Já pelo vetusto Regulamento Processual Criminal Militar, de 16.07.1895, a justiça criminal militar era administrada pelos Conselhos de Investigação, pelos Conselhos de Guerra e pelo Superior Tribunal Militar” (ASSIS, Jorge César de. **Direito Militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 182.).

O Juiz de Direito do Juízo Militar, ingressa na carreira através de concurso público de provas e títulos, gozando de todas as prerrogativas que a Constituição Federal reserva aos Magistrados no artigo 95, com as vedações de seu § único, e tem como função precípua no Conselho, a partir da Emenda Constitucional nº 45, a Presidência do Conselho.

A competência do Juiz de Direito e do Conselho de Justiça estão descritos no artigo 125, § 5º, da Carta Magna, nos seguintes termos:

*Compete aos Juízes de Direito do Juízo Militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao conselho de justiça, sob a presidência do Juiz de Direito, processar e julgar os demais crimes militares.*

Já os quatro Juízes Militares que compõe o Conselho de Justiça são sorteados dentre os Oficiais da ativa, ressalvada a obrigatoriedade do Oficial ser superior hierárquico do réu.

Em São Paulo, o sorteio é por meio eletrônico do próprio Tribunal de Justiça Militar, com base numa listagem fornecida pela Corregedoria da Polícia Militar, onde são selecionados Oficiais da ativa que não possuem antecedentes criminais, que os incompatibilizem com as funções de Juiz Militar, trabalhando, no máximo a 100 km da Capital, e que não pertençam a Unidades Especiais.

A principal característica dos Conselhos de Justiça é fazer com que o acusado de prática de crime militar seja julgado não só pelo Magistrado, mas, também, por aqueles que convivem no ambiente de caserna, como é a vida do militar, conhecendo seus chavões, costumes e maneiras do dia-a-dia.

Os Conselhos de Justiça dividem-se em Conselho Permanente de Justiça e Conselho Especial de Justiça, de acordo com suas competências para julgamento.

### **3.1.1 O Conselho Permanente de Justiça**

O Conselho Permanente de Justiça, composto por um Juiz Togado (Juiz de Direito concursado), mais quatro Juízes Oficiais da ativa, tem por competência jurisdicional para processar e julgar os crimes militares cometidos por praças ou civis (este somente no âmbito federal).

Reunidos por um período de três meses, sem que os Juízes Militares se vinculem ao processo nesse período, apenas o Juiz de Direito do Juízo Militar, porém, os Juízes Militares mantêm vínculo com o Tribunal de Justiça Militar Estadual.

O Conselho Permanente tem por competência, no Estado de São Paulo, somente o julgamento dos Praças Policiais Militares que cometerem crimes propriamente militares e que não forem contra civis.

Os Juízes de Direito do Juízo Militar por possuírem as prerrogativas do artigo 95, da Constituição Federal, são fixos em suas Auditorias Militares, sendo que no Estado de São Paulo existem quatro Auditorias.

Já os Juízes Militares, que são quatro Oficiais da ativa, entre Oficiais Superiores (Coronel, Tenente Coronel e Major), Intermediários (Capitães) e Subalternos (1º e 2º Tenentes), são sorteados a cada três meses, dentre os Oficiais que não respondem ou responderam a crime que o incompatibilizem com a função, que trabalhem numa distância menor de 100 km da Capital e que não atuem em órgãos especiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo, ficando à disposição do Tribunal de Justiça Militar.

Paralelamente ao sorteio dos quatro Juízes Militares por Auditoria, é realizado o sorteio de dois Oficiais suplentes para cada uma delas, com o objetivo de, em havendo necessidade de substituir qualquer um dos Juízes Militares, e as sessões de julgamento não sofrerem prejuízos, contudo, uma vez realizada a substituição, o Oficial substituído não retorna à função de Juiz Militar naquele trimestre.

Os Juízes Militares investem-se na função (e não no cargo) após terem sido sorteados, nos termos dos artigos 19 e 23, da lei nº 8.457/92. São Juízes de fato, não gozando das prerrogativas afetas aos Magistrados de carreira.<sup>74</sup>

### 3.1.2 O Conselho Especial de Justiça

O Conselho Especial de Justiça tem a competência de julgar Oficiais da ativa ou da Reserva, que cometerem crimes militares, que não sejam contra civis.

---

<sup>74</sup>“Isoladamente, fora das reuniões do Conselho de Justiça, os Oficiais que atuam naquela Auditoria, não serão mais Juízes, submetendo-se ao regulamento e normas militares que a vida de caserna lhes impõe” (ASSIS, Jorge César de. **Direito Militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 184.).

Sua composição é igual a do Conselho Permanente de Justiça, um Juiz de Direito do Juízo Militar (Juiz de Direito concursado) mais quatro Juizes Oficiais, não necessariamente da ativa, pois há a necessidade do Oficial ser de Posto superior ou mais antigo do que o réu, nesse caso, se o réu for um Coronel da ativa e não houver nenhum outro mais antigo que ele no serviço ativo, será revertido um Coronel da Reserva ao serviço ativo para que atue no Conselho Especial.

Essa previsão tem como escopo a hierarquia e disciplina das Forças Militares, onde jamais um superior hierárquico submete-se às ordens ou julgamento de um subordinado.

A atuação do Conselho Especial de Justiça não tem a duração de três meses como o Conselho Permanente, mas se prolonga no tempo enquanto durar o processo, ou seja, constitui-se no momento em que se inicia o processo no qual o acusado é um Oficial e dissolve-se ao término desse processo.

Os Juizes Militares neste tipo de Conselho não ficam à disposição do Tribunal de Justiça Militar, reúnem-se apenas quando da sessão de julgamento do processo em que atuam, vinculando-se desta forma, apenas ao processo.

Desta forma, os Oficiais Juizes que compõem o Conselho Especial de Justiça vinculam-se ao processo em todos os casos, atuando do início ao término daquele processo determinado ao qual foram sorteados para conhecerem e julgarem.

Porém, vinculam-se ao Tribunal de Justiça Militar Estadual somente quando da sessão do processo, ou seja, os Oficiais Juizes só se vinculam ao TJM quando convocados para atuarem no processo ao qual estão julgando, não havendo subordinação ao Tribunal quando não estão em sessão de julgamento.

#### 4 A POLÍCIA JUDICIÁRIA MILITAR – FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL

A Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 05 de outubro de 1988, estabelece no Capítulo III, destinado a Segurança Pública, no artigo 144, *caput*, o dever do Estado e tem como finalidade a preservação da ordem pública e a incolumidade das pessoas e do patrimônio, instituindo os órgãos públicos responsáveis.

Nesse sentido, não há necessidade de tecer comentários sobre as atribuições de cada órgão integrante do sistema de Segurança Pública do País, todavia, cabe salientar que pela vedação de apuração de infrações penais militares pela Polícia Civil contida no § 4º, *in fine*, do artigo 144, da Carta Maior, a expressão “*exceto as militares*” (grifo nosso), outorgou a competência de registro e apuração das infrações previstas no artigo 9º, do Código Penal Militar, à Polícia Judiciária Militar.

Polícia Judiciária é a Polícia repressiva, porque atua após a eclosão do ilícito penal, funcionando como auxiliar do Poder Judiciário. É regida pelas normas de Direito Processual Penal e incide sobre as pessoas.<sup>75</sup>

Neste sentido, a Polícia Judiciária Militar pode ser definida como órgão ou autoridade militar incumbida, por lei, do dever de desenvolver toda a atividade necessária para o fornecimento ao Ministério Público, em funcionamento na Justiça Militar, dos elementos necessários ao conhecimento judicial do fato, que em tese configure crime militar.<sup>76</sup>

A própria Constituição Federal, descreve, como já foi dito, quais são os órgãos responsáveis pela Segurança Pública e a incumbência de cada um deles, sendo que o exercício da Polícia Judiciária coube a Polícia Federal e a Polícia Civil nos Estados, sendo que estas tem a incumbência da Polícia Judiciária ressalvada a competência da União e as infrações penais Militares.

Portanto, a competência da Polícia Judiciária Militar está prevista de forma implícita no artigo 144, § 4º, da Carta Magna, quando assevera que as Polícias Civas, dirigidas por Delegados de Polícia de Carreira, incumbem, ressalvada a competência da União, as funções de Polícia Judiciária e a apuração das infrações penais, *exceto as militares*.<sup>77</sup>

<sup>75</sup> LAZZARINI, Alvaro. **Direito Administrativo da Ordem Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987. p. 36.

<sup>76</sup> MARTINS, Eliezer Pereira; CAPANO, Evandro Fabiani. **Inquérito Policial Militar**. São Paulo: LED, 1996. p. 22.

<sup>77</sup> ASSIS, Jorge César de. **Código de Processo Penal Militar Anotado**. Art. 1º ao 169. Curitiba: Juruá, 2008. v. 1, p. 32.



Desta forma, ao tratarmos da previsão constitucional da competência da Polícia Judiciária, o constituinte deixou claro que as infrações penais militares são de competência da Polícia Judiciária Militar.

O exercício e a competência da Autoridade de Polícia Judiciária Militar estão descritos no Código de Processo Penal Militar em seus artigos 7º e 8º.

O artigo 7º, do Código de Processo Penal Militar, elenca nas letras “a” a “h”, as autoridades que chamamos de “Autoridades Originárias” no tocante à Polícia Judiciária Militar, que, no caso de crime militar (artigo 9º, do Código Penal Militar) devem atuar de ofício, incumbindo-a de apurar os crimes militares, bem como os que por lei especial, estão sujeitos à jurisdição militar.

Os §§ 1º ao 5º do mesmo artigo trazem a figura da delegação de exercício, explicando quando e a quem pode ser delegada a função de Autoridade de Polícia Judiciária.

Portanto, podemos afirmar que temos dois tipos de Autoridade de Polícia Judiciária: a Originária e a Delegada, diferenciando, já neste primeiro momento, da Autoridade de Polícia Judiciária comum.<sup>78</sup>

É importante ressaltar que a atividade de Polícia Judiciária Militar não é função precípua dos órgãos militares, conforme afirmação de Cláudio Amin Miguel e Nelson Coldibelle<sup>79</sup>, a destinação constitucional das Forças Armadas é a defesa da Pátria e a das Polícias Militares, a preservação da Ordem Pública, apenas, excepcionalmente, atual como Polícia Judiciária Militar.

Ronaldo João Roth<sup>80</sup> assevera que, diferente da Lei Adjetiva Penal comum, no que se refere à atuação dos Delegados de Polícia como autoridade policial, o Código de Processo Penal Militar enumera quais as autoridades militares exercem a Polícia Judiciária Militar (artigo 7º e suas alíneas).

<sup>78</sup>“A investidura para atos de polícia judiciária militar requer como pressuposto básico a delegação prevista no § 1º do artigo 7º do Código de Processo Penal Militar, diversamente do que ocorre com o exercício da polícia judiciária comum, onde o Delegado de Polícia não age por delegação de autoridade imediatamente superior, mas sim, amparado na competência originária que o reveste quando é investido no cargo” (ASSIS, Jorge César de. **Código de Processo Penal Militar Anotado**. Art. 1º ao 169. Curitiba: Juruá, 2008. v. 1, p. 33.).

<sup>79</sup>MIGUEL, Claudio Amin; COLDIBELLI, Nelson. **Elementos de Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 27.

<sup>80</sup>ROTH, Ronaldo João. **Temas de Direito Militar**. São Paulo: Suprema Cultura, 2004. p. 111.

Permite o estatuto processual castrense que aquelas autoridades especificadas deleguem as suas atribuições a Oficiais da ativa para fins especificados e por tempo limitado (§ 1º, do artigo 7º, do Código de Processo Penal Militar).

Portanto, cabe a ela, Autoridade de Polícia Judiciária Militar, a confecção do Auto de Prisão em Flagrante Delito, a instauração de Portaria de Inquérito Policial Militar e, ainda, o Auto de Deserção, quando e como for o caso da infração penal Militar.

Também é de competência da Autoridade de Polícia Judiciária Militar pedir ao Juízo Militar a prisão temporária para militar estadual que cometa crime militar, nos casos previstos em Lei.

Nos casos de crimes dolosos praticados por militar nas condições do artigo 9º, do Código Penal Militar, contra a vida de civil, a solicitação da prisão temporária deverá ser solicitada à Justiça comum, conforme Lei número.

Cabe ainda à Autoridade de Polícia Judiciária Militar adotar todas as medidas previstas no artigo 8º, do Código de Processo Penal Militar, como por exemplo, na letra “b”, onde está previsto que:

*Art. 8º [...]*

*a) [...]*

*b) prestar aos órgãos e Juízes da Justiça Militar e aos membros do Ministério Público as informações necessárias à instrução e julgamento dos processos, bem como realizar as diligências que por eles lhe forem requisitadas; entre outras funções.*

#### **4.1 Concorrência do Poder de Polícia**

A concorrência do Poder de Polícia no tocante à Polícia Judiciária está dirimida no artigo 9º, do Código Penal Militar, ao descrever o que são crimes militares e, nos artigos 7º e 8º, do CPPM, ao tratar da Autoridade de Polícia Judiciária Militar e suas atuações.

Por ser o Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, uma Lei Especial, e pelo princípio da especialidade aplica-se o Código Penal Militar em detrimento do Código Penal comum, quando da ocorrência de infração penal militar.

Para tanto, há necessidade de se entender os crimes militares, que se dividem em: crime militar em tempo de paz e em tempo de guerra, conforme os artigos 9º e 10º, do Código Penal Militar.

Os crimes militares em tempo de paz estão subdivididos em: crimes propriamente militares e crimes impropriamente militares e, são estes, que mais causam divergências no momento do registro dos fatos.

O artigo 9º, inciso I, do Código Penal Militar, define os crimes propriamente militares, que são aqueles só tipificados no Código Penal Militar, não possuindo igual definição no Código Penal comum.

Os crimes impropriamente militares são aqueles que possuem igual definição no Código Penal comum e no Código Penal Militar, porém, só serão considerados crimes militares se forem praticados de acordo com as condutas previstas nas letras de “a” a “f”, do mesmo inciso II, artigo 9º, ou sejam:

*a. por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado; b. por militar em situação de atividade ou assemelhado, em lugar sujeito à administração militar, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado, ou civil; c. por militar em serviço, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado ou civil; d. por militar durante o período de manobras, ou exercício, contra militar da reserva, ou reformado, ou assemelhado ou civil; e. por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar; f. por militar em situação de atividade ou assemelhado que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob sua guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal; [...].*

Não resta dúvida quanto à atuação da Polícia Judiciária Militar, que é guiada pelo crime militar, não cabendo, no caso de infração penal militar, que outra Autoridade de Polícia registre os fatos ou tome qualquer providência, cabendo, neste caso, a anulação dos feitos por se tratar de autoridade incompetente.

#### **4.1.1 Crimes dolosos contra a vida praticados contra civil e a atuação da Polícia Judiciária Militar**

A lei nº 9.299/1996 acresceu o § único ao artigo 9º, do Código Penal Militar, tratando da competência para julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civil, com os seguintes dizeres:

*Os crimes de que trata este artigo (crimes militares em tempo de paz), quando dolosos contra vida e cometidos contra civil, serão de competência da Justiça comum.*

Há quem advogue que nestes casos, crimes dolosos contra a vida de civil cometido de acordo com o que preconiza o artigo 9º, do Código Penal Militar, seria de competência da Autoridade de Polícia Judiciária comum o registro dos fatos, em especial, a Prisão em Flagrante Delito por se tratar da Justiça comum a competência para julgamento.

A nosso ver, esta posição não prospera, vez que, a mesma lei também alterou o Código de Processo Penal Militar, em seu artigo 82, acrescentando o § 2º, determinando à Justiça Militar encaminhar os Autos do Inquérito Policial à Justiça comum quando se tratar de crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, com o seguinte texto:

*Artigo 82, § 2º - Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do Inquérito Policial Militar à Justiça comum.*

O texto demonstra que o Legislador previu a atuação da Polícia Judiciária Militar na instauração do Inquérito Policial Militar com encaminhamento à Justiça Militar.

Destarte que, se a autoridade de Polícia Judiciária Militar é competente para instauração do Inquérito Policial Militar, também o é para a Prisão em Flagrante Delito nos casos de crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, com remessa à Justiça Castrense, que ao reconhecer a competência do Tribunal do Júri, encaminhará à Justiça comum, obedecendo ao que preconiza o § 2º, do artigo 82, do Código de Processo Penal Militar.

Portanto, cabe à Autoridade de Polícia Judiciária Militar atuar, mesmo quando se tratar de crimes dolosos contra a vida, praticado por militar contra civil.

## 5 BEM JURÍDICO PENAL

Claus Roxin<sup>81</sup> afirma que é função do Direito Penal a proteção dos bens jurídicos e define bem jurídico como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos.

Para entender o bem jurídico penal faremos aqui uma breve observação do bem jurídico à luz da Constituição Federal com o objetivo de esclarecer melhor a importância da relação do Direito Penal e Processual Penal Militar com a própria Carta Magna no que tange ao bem jurídico tutelado.

O homem, destinado a viver em coletividade, representada por uma sociedade constituída por seus costumes, suas tradições, seu modo de comportar-se perante as adversidades mais comuns, viu-se num determinado momento de sua história, compelido a erigir normas de conduta para todo o grupo.

O conjunto dessas regras foi designado com o título de regra social, que é segundo Wilson Donizete Liberati<sup>82</sup>, “aquela que uma sociedade elabora para fazer imperar o Direito e impor a seus membros a noção do justo e do injusto que nela predomina”.

No Direito Penal Militar não é diferente, podemos repetir as palavras de Mauricio Antonio Ribeiro Lopes e Wilson Donizete Liberati, afirmando que o bem jurídico militar é aquele que uma sociedade elabora para fazer imperar o Direito Militar e impor a seus membros a noção do justo e do injusto que nela, sociedade, predomina.

Dessa forma, cabe ao Direito Penal exercer o controle social para assegurar a submissão forçada daqueles que não aceitam a imposição legal.

Considerando o bem jurídico o conjunto de elementos imprescindíveis que, concretamente, permitem uma pacífica coexistência entre os semelhantes, é, também ele, apreendido em um sentido mais complexo, de instituidor de uma política criminal identificadora dos anseios humanos de segurança e proteção do próprio sistema normativo.

---

<sup>81</sup>ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Organização e Tradução de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 18.

<sup>82</sup>LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizete. **Direito Penal e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 157.

Buscamos em Luiz Regis Prado a definição para o tema, o qual nos ensina que a noção de bem, do latim *bonum*, é multímoda, apresenta-se, *prima facie*, como um problema vocabular e filosófico. Assim, tem-se uma definição semântica de bem, uma definição da ideia de bem e uma definição real de bem.

Para o autor, em sentido amplo, bem vem a ser tudo que tem valor para o ser humano, a saber:

[...] o que possui valor sob qualquer aspecto; o que é objeto de satisfação ou de aprovação em qualquer ordem de finalidade, o que é perfeito em seu gênero, bem sucedido, favorável, útil: é o termo laudativo universal dos juízos de apreciação; aplica-se ao voluntário ou ao involuntário.<sup>83</sup>

É inerente a esse conceito a peculiar utilidade do objeto, sua aptidão ou propriedade para satisfazer a necessidade humana.

Podemos afirmar que a ideia de bem jurídico é de extrema relevância, já que a moderna ciência penal não pode prescindir de uma base empírica nem de um vínculo com a realidade que lhe propicia a referida noção.

Hans Welzel<sup>84</sup> afirma que o bem jurídico é um bem vital ou individual que, devido ao seu significado social, é juridicamente protegido [...]. Bem jurídico, é, pois, toda situação social desejada que o Direito quer garantir contra lesões.

Assim, a função primordial do Direito Penal é a proteção dos denominados bens jurídicos, portanto, partindo-se do princípio de que a Lei Maior traz em si os princípios máximos da Justiça, que se quer impor, qualquer ofensa a bem jurídico, protegido penalmente, terá que ser cotejado com os princípios constitucionais, deixa, assim, a ofensa aos citados bens, de ter relevância penal, se os princípios constitucionais não restarem por ela arranhados.

Como afirma Márcia Dometila Lima de Carvalho<sup>85</sup>, conseqüentemente, o bem jurídico, protegido pela norma penal, deve sofrer um processo de avaliação diante dos valores constitucionais de âmbito e relevância maiores, sendo certo de que o Direito Penal, como parte do sistema global tutelado pela norma maior, dela não poderá afastar-se.

<sup>83</sup>PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 19.

<sup>84</sup>WELZEL, apud LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizete. **Direito Penal e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 157.

<sup>85</sup>CARVALHO, Marcia Dometila de Lima. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. p 34.

Para Luiz Regis Prado<sup>86</sup>, o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, que é o limite dos limites, é um marco intransponível pelo Legislador, e assevera que:

[...] trata-se de uma fronteira que o legislador não pode ultrapassar, delimita um terreno que a lei limitadora não pode invadir sem incorrer em inconstitucionalidade, a liberdade, a dignidade pessoal do homem, qualidades que lhe são inerentes, e a possibilidade de desenvolver-se livremente, constituem um limite infranqueável ao Estado. Não se pode esquecer jamais que a pessoa humana não é um objeto, um meio, mas um fim em si mesmo e como tal deve ser respeitada.

Portanto, temos que o bem jurídico é algo essencial ao homem, e como tal deve ser protegido, tutelado, salvaguardado da melhor forma possível, e porque não fazê-lo na Constituição? O que obriga o Direito Penal, que tem como objetivo proteger o bem jurídico, não se afastar da norma constitucional, parâmetro maior a ser seguido pelo ramo do Direito, dele não podendo se esquivar nem contrariá-la.

Daí temos que, os bens jurídicos imprescindíveis estão definidos na Lei Maior, Constituição Federal, enquanto que a garantia de tutelá-los estão no Direito Penal guiado pelo Processo Penal.

Da mesma forma, ao tratarmos da norma militar, assim estão definidos, primeiro na Constituição Federal e depois na Lei Militar, o que observaremos a seguir.

## 5.1 Bem Jurídico Penal Militar

Faz-se necessário conhecermos sobre os bens juridicamente tutelados no Direito Penal Militar para compreensão da observância e aplicação do Direito Processual Penal Militar, sempre com observância da Constituição Federal.

Se o Direito Penal presta-se a proteger o bem jurídico penal, o Direito Penal Militar não é diferente, contudo há um algo mais, que na esfera Penal Militar ocupa-se, também, da hierarquia e disciplina das organizações militares.

Como afirma Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger<sup>87</sup>, após suas primeiras considerações sobre o bem jurídico, vários são os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal e que, também, encontram acento no Direito Penal Militar, contudo, a este são acrescidos a hierarquia e disciplina, hoje elevadas a bem jurídico tutelado pela Carta Maior.

<sup>86</sup>PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 83

<sup>87</sup>NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Apontamentos de Direito Penal Militar**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1, p. 15.

É importante ressaltar, desta forma, que ambos tem a obrigatoriedade de obedecer ao texto Constitucional, e, nesse tocante, salientamos o Princípio Constitucional da “Dignidade da Pessoa Humana”, enfatizado no artigo 1º, inciso III, da Carta Magna.

Os bens juridicamente tutelados no Direito Penal Militar estão baseados, portanto, nos mesmos bens do Direito Penal comum, porém, no primeiro ramo há o adicional que é a condição de militar, que exige da pessoa o conhecimento das normas, a obediência e o respeito, maior do que para o cidadão comum.

Estas características, no meio militar são definidas como hierarquia e disciplina, as quais, constituem as bases que sustentam as instituições militares, perenes e que, quando, eventualmente, determinados órgãos falirem, as instituições militares estarão prontas e preparadas para suprir suas faltas.

Esses são os motivos pelos quais as instituições militares tendem a ser autossuficientes, possuindo seus próprios médicos, dentistas, ambulatórios, centro de subsistência, hotel de trânsito, entre outros mecanismos capazes de dar sustentação à sociedade, como por exemplo, numa greve de motoristas de coletivos, como já ocorreu, onde Policiais Militares assumiram a direção dos veículos coletivos, satisfazendo a necessidade mínima da sociedade paulistana no transporte coletivo.

Daí entender o motivo pelo qual a Constituição da República, em seu artigo 142, § 3º, inciso IV, proibir o direito à greve aos militares federais, estendido aos militares estaduais, por força do artigo 42, § 1º, alterado pelas Emendas Constitucionais nºs 18 e 20, respectivamente, e, portanto, para ambos, a paralisação configura crime militar tipificado no artigo 149, do Código Penal Militar, motim ou revolta.

Do artigo 24, da Lei Penal Castrense, extrai-se o princípio de que para efeito da aplicação da Lei Penal Militar, sempre há o superior e o subordinado, pois o militar que, em virtude de função, exerce autoridade sobre o outro de igual posto ou graduação, considera-se superior.

Nesse sentido, a obediência, própria dos ambientes onde há separação hierárquico-funcional, faz com que o militar respeite as normas e siga fielmente os princípios da Instituição em que serve.



Destaca-se, ainda, o respeito às leis e às pessoas, pois na hipótese de um crime de homicídio simples, praticado pelo militar, a pena cominada é igual ao do Código Penal comum, mas, se o militar prevaleceu da situação de serviço, o inciso IV, do § 2º, do artigo 205, do Código Penal Militar, qualifica o delito, fato atípico no Código Penal comum.

Esta tipificação existente na Lei Penal Militar e inexistente na Lei Penal comum tem como escopo a manutenção da regularidade das instituições militares, ou seja, o respeito à corporação, à hierarquia e à disciplina para que haja a mesma sustentação dos princípios que regem estas instituições.

Sendo o objetivo do Direito Penal Militar a preservação do bem jurídico militar, cabe ao Processo Penal Militar garantir a efetiva aplicação deste Direito Material, tutelando assim, a dignidade da pessoa humana, e por que não dizer, que essa efetividade é buscada, quando no decurso do Processo Penal Militar, na defesa do acusado?

## **5.2 O Bem Jurídico Administrativo e o Bem Jurídico Administrativo Militar**

O Bem Jurídico Administrativo caminha no mesmo sentido do Bem Jurídico Penal no tocante à administração pública, garantir o bom andamento da gestão pública, devolvendo à sociedade uma prestação de qualidade do serviço público.

Contudo, não se pode confundir aquilo que se procura proteger com seus institutos, os bens tutelados são diversos e a diferença não é de grau, mas de substância, conforme Hely Lopes Meirelles.<sup>88</sup>

Mas antes de falarmos do Bem Jurídico Administrativo, necessário se faz citarmos o Direito Administrativo e sua relação com o Direito Administrativo Militar, pois o Militar está sob a égide tanto do Direito Administrativo como Militar, leis administrativas que regem o Militar.

Lembrando o que nos ensina Hely Lopes Meirelles<sup>89</sup> sobre a definição do Direito Administrativo: “Conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”.

---

<sup>88</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 115.

<sup>89</sup>Ibid., p. 34.

Assim, apoiando-se na definição de Hely Lopes Meirelles, podemos entender o Direito Administrativo Militar como o conjunto de princípios jurídicos militares, que regem os órgãos militares e seus contingentes tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado no tocante aos militares.

Desta forma, os regulamentos, normas e ordens das instituições militares vinculam os militares ao seu fiel cumprimento com o propósito de atingir seus objetivos como instituições militares.

O Bem Jurídico Administrativo está pautado exatamente na necessidade de se cumprir os objetivos estabelecidos pelo próprio Direito Administrativo, como os princípios básicos da administração (legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência) e no poder do administrador público, motivos pelos quais os Bens Jurídicos Militares baseiam-se no Direito Administrativo Militar, que seguem os mesmos princípios.

Quando tratamos do Bem Jurídico Administrativo Militar, acrescentamos a importância dos valores da hierarquia e disciplina da instituição militar aliado à necessidade da prestação de serviço, sua regularidade e relevância institucional, como reserva do Estado em situações emergenciais.

A hierarquia está fundada no conjunto de poderes funcionais, estruturada em graus do menor ao maior poder funcional, onde quem possui um cargo mais elevado é hierarquicamente superior ao que possui um cargo menor, desta forma, o subordinado, de menor cargo ou função, deve respeito e obediência ao superior.

Entre as várias definições do que vem a ser hierarquia, Hely Lopes Meirelles<sup>90</sup>, ao se referir ao poder hierárquico, dá a seguinte definição: “[...] hierarquia é a relação de subordinação existente entre os vários órgãos e agentes do Executivo, com a distribuição de funções e a gradação da autoridade de cada um”.

Dessa conceituação entende-se que as instituições militares, que estão subordinadas ao Poder Executivo, aplica-se a definição acima citada.

---

<sup>90</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 112.

Já a disciplina esta pautada na leal obediência à autoridade e seus mandos, nos regulamentos, normas e regras da instituição, trata-se de um conjunto de prescrições e leis destinadas a manter a boa ordem e regularidade em qualquer entidade, pública ou privada.<sup>91</sup>

Hely Lopes Meirelles ao tratar do poder disciplinar, o define como sendo: “a faculdade de punir internamente as infrações funcionais dos servidores e demais pessoas sujeitas à disciplina dos órgãos e serviços da administração”.<sup>92</sup>

Assim, ao entendermos a importância das instituições militares e suas estruturas administrativas, podemos ver a necessidade de regulamentos e normas que sustentem a perenidade e a importância do fiel cumprimento.

A Polícia Militar paulista, dada a importância de se possuir uma lei que definisse todos os direitos e obrigações dos militares estaduais, através da Assembléia Legislativa deste Estado, publicou em 09 de março de 2001, a Lei Complementar nº 893, conhecido como Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo trata da deontologia Policial Militar, disciplina, violação de valores e deveres, das sanções possíveis, dos recursos, competências e procura prever todas as situações para que, através das disciplinas, haja a regularidade da Instituição Policial Militar.

### **5.2.1 A desclassificação do crime militar para transgressão disciplinar**

O Direito Penal Militar possui ainda um outro instituto muito interessante e distinto da Lei Penal comum, que é a possibilidade do Juiz de Direito do Juízo Militar desclassificar o crime militar para transgressão disciplinar.

Este instituto, próprio do Direito Penal Militar e inovador, têm como objetivo tratar do chamado “Princípio da Insignificância”, que, para uma Lei Penal, sua sanção é muito pesada, por outro lado, a sanção administrativa é mais coerente e surte melhor efeito na reeducação do militar.

---

<sup>91</sup>COSTA, Alexandre Henriques da; NEVES, Cícero Robson Coimbra; COSTA, Marcos José da; ROCHA, Abelardo Júlio da; SILVA, Marcelino Fernandes da; MELLO, Rogério Luis Marques de. **Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo**. São Paulo: Suprema, 2007. p. 27.

<sup>92</sup>MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 115.

Considerando que alguns tipos penais, ainda que parecidos, só possuem acento no Código Penal Militar, como, por exemplo, a lesão corporal levíssima, artigo 209, § 6º do CPM<sup>93</sup>, considerado insignificantes, quis o Legislador que o Direito Administrativo Militar cuidasse dessa seara.

Alguns crimes tipificados no Código Penal Militar já trazem a desclassificação como possibilidade do Juiz de Direito do Juízo Militar adotar tal medida, esta medida é possível nos seguintes casos:

Lesão corporal de natureza levíssima (art. 209, § 6º); furto atenuado ou mínimo (art. 240, §§ 1º e 2º); apropriação indébita atenuada (art. 248 e 249 e o seu parágrafo único, de acordo com o art. 250); estelionato e outras fraudes atenuados (art. 251 e seus §§, de acordo com o art. 253); dano atenuado (art. 260, parágrafo único) e cheques sem fundos (§ 2º, do art. 313), tudo do Código Penal Militar.

Existem dois momentos para que ocorra a desclassificação do crime militar para transgressão disciplinar, através da decisão judicial, de acordo com Ronaldo João Roth<sup>94</sup>, um é quando o representante do Ministério Público, atuando na Justiça Militar, recebe o Inquérito Policial Militar ou o Auto de Prisão em Flagrante Delito e já verifica de pronto tratar-se de um dos delitos acima descritos, solicitando ao juiz o arquivamento do Inquérito e propondo ao Magistrado sua desclassificação.

O outro momento que pode ocorrer essa desclassificação é após a ação penal e encerramento da instrução criminal, das diligências processuais requeridas pelas partes e todo o contraditório e ampla defesa, ocasião em que se resolve o mérito do processo com o julgamento, considerando o fato de natureza disciplinar, que implica também na absolvição do réu, nos termos do artigo 439, letra “b”.

Jorge César de Assis não concorda com este instituto da desclassificação, afirmando ser confuso e de tratar de esferas distintas, a penal e a disciplinar, além do Princípio da Imediatidade, que possui a pena disciplinar para o pronto restabelecimento da disciplina, contrariado quando a desclassificação ocorre ao final do processo.

---

<sup>93</sup>Pequenos hematomas e escoriações orbitárias da vítima, provocados por um soco, são lesões levíssimas, devendo o fato ser considerado como transgressão disciplinar, na forma do § 6º, do art. 209, do CPM. TJM/RS – Ap. nº 2.383/90, Rel. Juiz Cel. Antonio Claudio Barcellos de Abreu, Acórdão de 17.10.1990 (ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar**. Comentários, Doutrina, Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores. Curitiba: Juruá, 2008. p. 452.).

<sup>94</sup>ROTH, Ronaldo João. **Temas de Direito Militar**. São Paulo: Suprema Cultura, 2004. p. 215.

Busca-se um Direito Penal mínimo ou de “*ultima ratio*” e um Direito Administrativo sancionador com mais eficiência, neste instituto do Direito Militar é o próprio Direito Administrativo ocupando seu espaço com uma resposta mais rápida.

Ronaldo João Roth<sup>95</sup> afirma que o Direito Penal moderno possui tendência de tornar a pena cada vez mais humanitária, confirmando assim o caráter inovador do Direito Militar ao deixar para o Direito Administrativo sancionador preocupar-se com as infrações de menor relevância.

Para nós, a possibilidade de desclassificação do crime para transgressão disciplinar é uma evolução, pois possibilita a reeducação do militar de forma mais ágil, principalmente se se proceder de acordo com o primeiro momento definido por Ronaldo João Roth.

Pode-se afirmar que trata-se de uma evolução, pois este instituto, previsto no Código Penal Militar, de 1969, não deixa de apurar uma possível falta militar sem, contudo, mover toda a máquina do Judiciário em virtude de um delito de menor importância penal militar.

Não há que se falar aqui, também, em comparação com a substituição da pena por pena alternativa, suspensão condicional nem, tão pouco, aplicação da lei nº 9.099/95.

Nos dois primeiros casos não há instauração de processo, logo não se tem condenação, portanto não se aplica a suspensão do processo nem da pena quanto à aplicação da lei nº 9.099/95, não é possível por força do mesmo dispositivo legal, em seu artigo 90-A, acrescido pela lei nº 9.839/99 com os seguintes dizeres: “*As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar*”.

### **5.3 Cabimento de *Habeas Corpus* na Punição Administrativa Militar**

O “*habeas corpus*” trata-se de uma garantia da efetivação do direito à liberdade. Previsto na Constituição Federal no artigo 5º, inciso LXIII, foi copiado das declarações universais de direitos, com a seguinte definição:

---

<sup>95</sup>No Direito Penal moderno verifica-se a tendência de tornar a pena cada vez mais humanitária, vendo-se com progresso a substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos e pecuniária, quando o agente é primário e o crime não é de maior gravidade. Tudo isso visa, sem retirar o caráter de retribuição punitiva ao infrator, a possibilidade que ele não sofra demasiadamente no cárcere ao lado de contumazes e perigosos delinquentes, dificultando sua reeducação e ressocialização (ROTH, Ronaldo João. **Temas de Direito Militar**. São Paulo: Suprema Cultura, 2004. p. 216.).

*Conceder-se-á habeas corpus sempre que alguém sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder.*

Vicente Greco Filho<sup>96</sup> afirma que é o mais eficiente remédio para a correção do abuso de poder que compromete a liberdade de locomoção, definindo-o da seguinte forma: “Sua finalidade é a proteção da liberdade de locomoção, a liberdade de ir e vir, natural e primária atingida ou ameaçada por ato ilegal ou abusivo”.

O autor explica, ainda, que a compreensão de seu nome se dá os contornos básicos do instituto. *Habeas corpus* significa “tome o corpo”, isto é, submeta-se o paciente à vista do Juiz para que verifique a coação e o *liberte*, se for o caso. A liberdade protegida é a liberdade física.

Na Carta Magna o embasamento fático da proibição de “habeas corpus” nos casos de punições administrativas no âmbito militar vem previsto no artigo 142, § 2º, afirmando que: “*Não caberá habeas corpus em relação à punições disciplinares militares*”.

Quanto aos militares dos Estados e Distrito Federal, polícias e corpos de bombeiros militares, aplica-se o mesmo dispositivo por força do artigo 42, § 1º, dispositivos alterados pelas Emendas Constitucionais nºs 18 e 20 respectivamente.

O Código de Processo Penal Militar também trata do assunto no artigo 466, ao falar do cabimento do *habeas corpus* e no parágrafo único, letra “b”, excetua o cabimento nos casos de punições aplicadas aos Oficiais e Praças das Polícias e dos Corpos de Bombeiros Militares, de acordo com os respectivos Regulamentos Disciplinares.

Alguns autores, como veremos a seguir, entendem este artigo constitucional / inconstitucional, por estar previsto na Carta Magna, porém, contrariando outros dispositivos constitucionais, outros dizem tratar-se de flagrante inconstitucionalidade, por violar, por exemplo, o Princípio da Igualdade.

Defendendo a tese de inconstitucionalidade deste dispositivo está Paulo Lopo Saraiva<sup>97</sup>, ao tratar das garantias constitucionais, entendendo que a liberdade individual do militar é igual a do civil, portanto, o dispositivo do artigo 142, § 2º, da Constituição da República, violaria o Princípio da Isonomia.

<sup>96</sup>GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 422.

<sup>97</sup>SARAIVA, Paulo Lopo. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1995. p. 49.

O § 2º do artigo 142 da Constituição Federal é inconstitucional, pois veda a concessão de *habeas corpus* para os militares. A punição disciplinar militar cerceia a liberdade individual do mesmo modo que a civil. Não há diferença de liberdade de um militar e a de um civil. O princípio constitucional da liberdade é um só.

Defendendo o descabimento de *habeas corpus* em sede de punição disciplinar militar está Jorge César de Assis<sup>98</sup>, entendendo a necessidade de não se ter a apreciação de um Magistrado sobre a decisão da autoridade administrativa militar, com pena de abalar ou enfraquecer a hierarquia e a disciplina, vigas mestras das instituições militares.

A maioria dos doutrinadores é acorde no sentido de que não cabe *habeas corpus* contra aplicação de punição disciplinar militar. A razão é simples e óbvia. Instituídas com base na hierarquia e disciplina, as forças armadas e as polícias militares teriam suas vigas mestras duramente atingidas se fosse possível questionar judicialmente a validade da punição disciplinar aplicada, visto que os Regulamentos Disciplinares prevêm uma série de recursos adequados à espécie.

Célio Lobão<sup>99</sup>, também, entende que não cabe *habeas corpus* na punição disciplinar, somente se houver incompetência da autoridade que impôs a punição ou se foi aplicada com inobservância do Regulamento Disciplinar. “Não cabe *habeas corpus* na punição disciplinar, imposta pela autoridade competente, em conformidade com os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas, Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, conforme o caso [...]”.

Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>100</sup> entende ser incabível a impetração de *habeas corpus* salvo se for para corrigir a incompetência de quem puniu, o excesso de prazo da

<sup>98</sup>ASSIS, Jorge Cesar. **Direito Militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos**. Curitiba: Juruá, 2008. p. 30.

<sup>99</sup>LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 507.

<sup>100</sup>E se se tratar de punição disciplinar? A Constituição atual dispôs no § 2º, do art. 142, não caber *habeas corpus* nas transgressões disciplinares militares. Esclareça-se, contudo, que tal proibição não impede seja o remédio heróico impetrado. Se, por exemplo, quem punir não tiver autoridade para fazê-lo, se houver excesso de prazo da medida constrangedora, se não houver previsão legal, o *habeas corpus* é impetrável, tal como o era quando a Constituição anterior o vedava para as transgressões disciplinares, consoante lição de Pontes de Miranda (**Comentários à Constituição Federal de 1946**, 3. ed. Borsoi, 1960. Tomo 5, p. 257.). Nesses casos, cabível é o *habeas corpus*. Impetrável perante quem? Desenganadamente, ao Tribunal de Justiça Militar, onde houver. Não havendo, ao Tribunal de Justiça (que atua como se Tribunal de Justiça Militar fosse). Tratando-se de punição imposta por membros das Forças Armadas, o remédio heróico deve ser impetrado ao Superior Tribunal Militar. Note-se que a Constituição Federal, art. 124, após dizer competir à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei, prevê no respectivo parágrafo único: “a lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar”. Pois bem: o Código de Processo Penal Militar, tratando do *habeas corpus*, dispõe no art. 469 competir ao Superior Tribunal Militar o conhecimento de *habeas corpus*. Nenhuma dúvida, pois. Há algumas decisões escoteiras proferidas pela Justiça Federal dando-se por competente. Não nos parece correto. Entre os militares, a hierarquia e a disciplina são sagradas, e não teria sentido pudesse a Justiça Federal intrometer-se em assunto que não lhe diz respeito. Aliás, a Lei Maior não lhe traz poderes. Insta observar que, quanto à Justiça Militar dos Estados, a Emenda Constitucional nº 45/2004 solucionou o problema, introduzindo no art. 125, da CF, o § 5º: “Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência do juiz de direito, processar e

medida constrangedora ou se não houver previsão legal, lembra, também, quem é o órgão competente para apreciação de tal remédio, não é a Justiça comum, mas a Justiça Militar, seja ela Estadual ou Federal.

Luiz Alberto David Araújo e Vidal Serrano Nunes Júnior<sup>101</sup> reforçam a ideia da impossibilidade de cabimento de *habeas corpus* pela própria previsão constitucional baseado nos alicerces da hierarquia e disciplina das instituições militares.

O § 2º do artigo 142 da Constituição estabelece o não-cabimento de *habeas corpus* em relação às punições disciplinares militares, demonstrando, desse modo, que as corporações militares hão de estar alicerçadas em dois princípios básicos, a saber: a hierarquia e a disciplina.

Destarte, entendemos não haver possibilidade de se falar em inconstitucionalidade, pois a norma está em plena vigência, não sendo objeto de apreciação da Suprema Corte brasileira a apreciação de Ação Direta e Inconstitucionalidade a respeito.

Quanto ao cabimento do remédio constitucional *habeas corpus* contra punição administrativa militar, entendemos ser vedada sua impetração conforme dispõe a Carta Magna, ratificada no Código de Processo Penal Militar quanto ao mérito da prisão, contudo, segundo Fernando da Costa Tourinho Filho e Célio Lobão, se houver irregularidade na forma, é possível sua apreciação pela Justiça Militar, Estadual ou Federal, nunca Justiça comum.

A apreciação do mérito pela Justiça Militar infringiria a autodeterminação da autoridade militar que impôs a punição, aquelas previstas no artigo 31, da lei 893<sup>102</sup>, abalando a hierarquia e disciplina, alicerces das instituições militares, enfraquecendo estas instituições, além do que, o próprio Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo, Lei Complementar nº 893, de 09 de março de 2001, já possui os recursos cabíveis quando da punição administrativa militar, como veremos no capítulo específico da defesa no Direito Administrativo Militar.

---

julgar os demais crimes militares”. Silenciou quanto à Justiça Militar da União (TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009.p. 918.).

<sup>101</sup>ARAÚJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 349.

<sup>102</sup>Lei nº 893, de 09 de março de 2001, Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo. Artigo 31. A competência disciplinar é inerente ao cargo, função ou posto, sendo competente para aplicar a sanção disciplinar: O Governador do Estado; O Secretário de Segurança Pública e o Comandante Geral a todos os militares estaduais, exceto ao Chefe da Casa Militar; O Sub Comandante PM a todos os militares da ativa ou inativo; Os Oficiais da ativa do Posto de Coronel a Capitão.



## 6 A DEFESA NO PROCESSO PENAL MILITAR

O direito de defesa é um dos pontos mais importantes nos ordenamentos jurídicos dos Estados democráticos de direito onde o Processo Penal constitua instrumento de aplicação da Constituição.

Desde que se tem notícia da existência do homem, a vida em sociedade é característica deste ser e, com ela, surgem as discordâncias e quebras de regras sociais, ensejando a necessidade de corrigir os desvios que, para determinada sociedade, configura o que chamamos de “crime”.<sup>103</sup>

Também é inerente ao ser humano, acusado de cometer qualquer ação ou omissão, que possa ensejar uma recriação, a contestação desta acusação.

A esta contestação, quando discutida no plano do Direito Penal, damos o nome de “defesa”, portanto, a defesa ou a contestação de uma acusação criminal, é o extinto humano de se defender de uma imputação criminal.

Antonio Scarance Fernandes<sup>104</sup> afirma que, em nosso ordenamento jurídico, a defesa vem expressamente garantida na Constituição, no artigo 5º, inciso LV, contudo, trata-se de cláusula presente nas Constituições anteriores.

Desde o Império, é ela mencionada: 1824, artigo 179, § 8º; 1934, artigo 113, nº 24; 1937, artigo 122, nº 11, segunda parte; 1946, artigo 141, § 25; 1967, artigo 150, § 15, e, com a Emenda de 1969, artigo 153, § 15. Ora esteve ligada a nota de culpa (1824, 1891, 1937 e 1946), ora veio relacionada com a instrução criminal (1937 e 1946). Essa vinculação à nota de culpa ou instrução criminal levava a se sustentar que a garantia só se aplicava ao processo penal. O novo texto espantou qualquer dúvida, estendendo-a qualquer processo judicial ou administrativo.

<sup>103</sup>É inegável o acerto da seguinte afirmação: o homem, como ser de natureza e feição eminentemente sociais, jamais pôde viver – e nunca viveu – à margem da sociedade. Desde o início da vida social humana, no entanto, atos antissociais já eram praticados [...]. Porém, os crimes sempre trouxeram consigo, em interesse adverso ao de seus autores, a busca à sua repreensão [...]. Evoluindo o direito punitivo substantivo, paralelamente desenvolveu-se sua forma adjetiva ou instrumental, vislumbrando-se o surgimento das primeiras codificações. Punia-se o autor do ato delituoso sem que lhe contemplassem ensanchas ao uso da palavra [...]. Discorre Vicente de Paulo Vicente de Azevedo que: “Já nas primeiras páginas da Bíblia, no Velho Testamento, encontramos esta lição admirável: no primeiro julgamento que se realizou na Terra, ao réu foi garantido o direito de defesa: Deus não condenou Adão sem ouvi-lo [...]. Sêneca, que viveu e floresceu três séculos antes de cristo, deixou, entre outros, este pensamento admirável: julgar alguém sem ouvi-lo é fazer-lhe injustiça, ainda que a sentença seja justa”. Daí remarcar Faustin Hélie que a defesa não é privilégio, tampouco uma conquista da humanidade. É um verdadeiro direito originário, contemporâneo do homem, e por isso inalienável (PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal**. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 15.).

<sup>104</sup>FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 247.

Pouco tem se escrito sobre o tema, dada sua relevância, principalmente quando tratamos do Direito Processual Penal Militar, que já possui escassez de obras por sua natureza.

Fato pelo qual motivou o desenvolvimento deste trabalho e as teses e discussões no entorno da defesa no Processo Penal Militar, começando da Lei Maior, nossa Constituição Federal, até chegarmos à Lei Castrense, o Código de Processo Penal Militar, bem como uma abordagem na defesa durante o Inquérito Policial Militar, no Crime de Deserção e no Direito Administrativo Militar.

A menagem e outros tipos de prisões, tipos de defesas e recursos, bem como o cumprimento do mandado de liberdade provisória também serão abordados neste capítulo, objetivando traçar um paralelo entre a Constituição Federal e o Código de Processo Penal Militar numa visão garantista.

## **6.1 A Defesa como Garantia**

No Brasil, como já foi dito, esta previsão encontra acento na Constituição Federal, no artigo 5º, incisos LIV e LV com os seguintes dizeres:

*LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal; e*

*LV – Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes.*

Desta forma, a previsão Constitucional vem não só como um direito, mas, também, com uma garantia aos acusados, seja em processo judicial ou administrativo, complementada pelos: Código de Processo Penal, em seu artigo 564, inciso III, letra “c” e Código de Processo Penal Militar, no artigo 500, inciso III, letra “f”.

Em ambos os códigos, a nomeação de defensor ao acusado presente e de curador a menor de 18 anos, consiste em condição de procedibilidade do Processo Penal, a não nomeação torna nulo o processo.

A Súmula nº 523, do Supremo Tribunal Federal, também, prevê a nulidade absoluta do processo no caso de ausência ou vício do ato defensivo, contudo, sua deficiência só o anulará se houver prejuízo para o réu.

*No processo penal, a falta da defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.<sup>105</sup>*

Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>106</sup> assevera que a defesa do acusado é tão importante no processo que sua falta torna o processo nulo:

A defesa é, pois, necessária. Tão necessária é a defesa que o legislador, estadeando a garantia mandamental, sancionou com pena de nulidade insanável a não nomeação de Defensor ao réu presente, que o não tiver, ou ao ausente, e de curador ao menor de 21 anos.

Podemos dizer que a defesa é o direito que tem o acusado de contra argumentar tudo que lhe é imputado de ilegal ou ilícito, seja no processo penal, penal militar ou administrativo.

Antonio Scarance Fernandes<sup>107</sup> diz que a defesa é a forma de reagir à ação contra si proposta, a fim de perseguir decisão favorável, e, assim, preservar direitos substanciais questionados no processo, afirmando ainda que:

No processo penal, o titular do direito de defesa pretende evitar a condenação e imposição da pena. Como a pena pode restringir sua liberdade, bem fundamental, a defesa é necessária e indeclinável. Assim, embora o acusado ainda não deseje se defender, impõe-se que alguém o faça e, para garantia de igualdade e equilíbrio no interior do processo, é mister que esse alguém seja pessoa habilitada, técnica. Nem se admite simples defesa formal, mera resposta aos termos da proposta acusatória, exigindo-se defesa substancial, efetiva reação à acusação.

Para o autor, essa visão da defesa como direito, é incontestável e é ampliada quando a defesa é analisada numa perspectiva constitucional, não mais presa ao círculo restrito de uma ótica individual, revelando-se, então, como garantia fundamental da própria sociedade.

Diogo Rudge Malan<sup>108</sup>, ao tratar da defesa, afirma que esta é uma das mais relevantes regras do devido processo legal, para ele a sociedade tem tanto interesse na absolvição do

<sup>105</sup>Súmula nº 523, do Supremo Tribunal Federal.

<sup>106</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 380.

<sup>107</sup>FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 25.

<sup>108</sup>A garantia da defesa é um dos mais relevantes cânones do devido processo legal. Temos que o Legislador do Código de Processo Penal interpretou essa garantia de forma equivocada, ao reduzi-la, na Exposição de Motivos de Francisco Campos, a unilateralíssima interesse pessoal dos criminosos (item XI). Trata-se de basilar princípio de Direito Administrativo a primazia do interesse público, em detrimento daquele privado. Não se pode, contudo, importar esse conhecido princípio para o âmbito de eventuais choques entre o poder dever de punir do Estado e as garantias do réu, pois essa ponderação de interesses deve ser feita casuisticamente, e não com base em um dogma de primazia de interesses estatais imanentes à persecução penal. Hoje em dia já se fala em perfil objetivo ou institucional da garantia processual da defesa. Essa perspectiva considera a defesa um requisito indispensável para a legitimidade da prestação jurisdicional, mesmo quando exercida contra a vontade expressa do réu. Com efeito, a sociedade tem tanto interesse na absolvição do inocente, quanto na condenação do culpado; na possibilidade de se imputar um fato criminoso a

inocente, quanto na condenação do culpado, não podendo se confundir o direito de defesa com a regra do Direito Administrativo que sobrepõe o interesse público sobre o privado.

Marco Antonio Marques da Silva<sup>109</sup>, ao tratar das partes no Processo Penal, lembra com maestria que o acusado ou imputado deve ser reconhecido como parte no processo, principalmente ao considerar seus direitos fundamentais constitucionais assegurados, complementando:

O acusado ou imputado deve ser reconhecido como parte, principalmente tendo-se em vista seus direitos fundamentais constitucionais assegurados: direito de defesa e contraditório e o direito à presunção de inocência até o trânsito em julgado da condenação.

No tocante ao direito de defesa, o autor destaca que ele importa que sejam postos à disposição do acusado todos os concretos direitos de que ele legalmente dispõe de codeterminar ou de moldar a decisão final do processo.

É com a igualdade entre as partes no processo que o Estado-Juiz poderá dizer o direito a ser aplicado ao caso concreto.

## 6.2 Espécies de Defesa

Não são muitas as espécies de defesas apontadas pela doutrina, contudo, suas distinções são bem claras.

Entre as distinções, encontramos a de Fernando de Almeida Pedroso<sup>110</sup>, que afirma ser a defesa compreendida nos sentidos subjetivo e objetivo.

Para o autor, a defesa subjetivamente considerada, é a faculdade, em abstrato, de contrair a ação penal e o que nela se deduz.

---

alguém quanto na de o acusado ter todas as possibilidades de se defender dessa imputação. Em última análise, há idêntico interesse social na persecução estatal e na efetiva defesa em juízo (MALAN, Diogo Rudge. **A sentença incongruente no processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003. p. 51.).

<sup>109</sup>Sob o prisma do direito de presunção de inocência é que todas as medidas de coação somente podem ser aplicadas quando comunitariamente aceitáveis diante da concreta possibilidade de serem dirigidas a um inocente. É daí a exigência de que nenhuma medida de coação seja aplicada sem que se levem em conta os princípios da necessidade, proporcionalidade, subsidiariedade e precariedade que informam a privação da liberdade enquanto inexistente sentença condenatória transitada em julgado (SILVA, Marco Antonio Marques da. **Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001. p. 130.).

<sup>110</sup>PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal**. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p 35.

Já a objetiva, denota a defesa efetivamente exercida em um processo, a faculdade corporificada em concreto, é o conjunto das matérias, provas e argumentos de fato ou de direito que o acusado aduz em seu favor.

Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>111</sup> citando Fenech, considera duas espécies de defesa, a material ou genérica e a processual ou específica.

A genérica ou material seria quando, levado a cabo pela própria parte, mediante atos constitutivos de ações ou omissões, no sentido de fazer prosperar ou impedir que prospere a atuação da pretensão punitiva.

Já a específica ou técnica é aquela promovida por pessoa especializada, que tem como profissão o exercício dessa função técnico jurídica de defesa das partes, atuando no Processo Penal para realçar seus direitos.

Em ambos os casos, podemos observar que há uma convergência no sentido de haver dois tipos de defesa, uma anterior, de contra argumentar as imputações feitas em desfavor do acusado, sem cunho técnico jurídico.

Outra, por sua vez, mais elaborada, por defensor técnico ou a própria autodefesa, quando o acusado possuir habilitação técnico jurídica e patrocinar sua própria defesa, neste caso, de forma mais elaborada e científica.

Não podemos confundir aqui como diferenciação de espécies de defesa: a defesa pessoal ou autodefesa com defesa técnica.

Espécies de defesa é a forma e o momento de contra argumentar as acusações imputadas ao acusado.

A defesa pessoal ou autodefesa é o patrocínio pessoal do acusado que, possuindo habilitação técnica jurídica, postula e debate em causa própria.

Já a defesa técnica é aquela patrocinada pelo profissional da área jurídica, devidamente habilitado para o exercício da sua profissão, quando o próprio acusado não possuir tal qualificação.

Portanto, a diferenciação da defesa técnica e da autodefesa está na pessoa de quem vai exercer o patrocínio na esfera processual penal em favor do acusado.

---

<sup>111</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 379.

### 6.3 O Acusado e seus Direitos no Processo Penal Militar

Não é possível falar de defesa no Processo Penal Militar sem se falar nas partes do processo, em especial, do acusado.

São partes no Processo Penal Militar: o representante do Ministério Público, o assistente de acusação, o acusado, o defensor e o curador, artigos 54, 60, 69, 71 e 72 do Código de Processo Penal Militar. Já o ofendido, seu representante legal ou seus sucessores, foram acrescidos por força da Constituição Federal, artigo 5º, inciso LIX.

O acusado é aquele a quem é imputado a prática de infração penal militar em denúncia recebida, conforme o artigo 69, do Código de Processo Penal Militar. O acusado não tem “obrigação de colaborar no processo”, de prestar esclarecimentos que possam prejudicá-lo.<sup>112</sup>

Sendo o acusado parte no Processo Penal Militar, este goza dos mesmos direitos fundamentais, estabelecidos na Carta Magna, que o acusado no Processo Penal comum, pelo Princípio da Isonomia, entre os quais podemos elencar os seguintes direitos:

- Direito ao devido processo legal, artigo 5º, inciso LIV;
- Ao contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes, artigo 5º, inciso LV;
- Ao respeito à integridade física e moral, artigo 5º, inciso XLIX;
- À presunção de inocência, artigo 5º, inciso LVII;
- De não ser preso senão em flagrante ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, ressalvados os casos de transgressão militar ou de crimes propriamente militares, definidos em lei, artigo 5º, inciso LXI;
- De ter sua prisão comunicada imediatamente à autoridade judiciária competente, à sua família ou à pessoa por ele indicada, bem como o de ser assistido por um advogado, artigo 5º, incisos LXII e LXIII;
- Ao silêncio, artigo 5º, inciso LXIII;
- À assistência judiciária gratuita, artigo 5º, inciso LXXIV; e
- Vedação às provas ilícitas, artigo 5º, inciso LVI.

Estes são alguns dos direitos constitucionais assistidos aos acusados no Processo Penal comum e militar.

---

<sup>112</sup>LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 94.

O acusado que for citado para início da instrução criminal, ou intimado para qualquer ato do processo penal militar, em que sua presença for indispensável, e não comparecer, sem justa causa, será considerado “réu revel”, neste caso, o juiz nomeará curador especial que poderá recair no advogado constituído, ou no Defensor Público, ou outro defensor designado pelo juiz, artigos 411 a 413 do Código de Processo Penal Militar.<sup>113</sup>

Com relação ao ônus da prova, este recai a quem alegar o fato, em regra, à acusação, contudo o § 1º, do artigo 296, do Código de Processo Penal Militar, prevê a inversão do ônus da prova quando a lei presume o fato até que se prove o contrário.

O § 2º, do mesmo artigo, afirma que ninguém é obrigado a produzir prova que o incrimine, ou ao seu cônjuge, descendente, ascendente ou irmão, salvaguardando, assim, o princípio da presunção de inocência.

### **6.3.1 A fiança e a liberdade provisória no Processo Penal Militar**

A Constituição Federal dispõe no artigo 5º, inciso LXVI que “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

A fiança é um instituto processual penal previsto apenas no Código de Processo Penal comum, no Capítulo VI, que trata da liberdade provisória com ou sem fiança, a lei processual penal militar não contempla este instituto.

O artigo 330, da mesma lei, define que a fiança, que será sempre definitiva, consistirá em depósito de dinheiro, pedras, objetos ou metais preciosos, títulos da dívida pública, federal, estadual ou municipal, ou em hipoteca inscrita em primeiro lugar.

O valor em que consistir a fiança será recolhido à repartição arrecadadora federal ou estadual, ou entregue ao depositário público, juntando-se aos autos os respectivos conhecimentos, assim determina o artigo 331.

Em caso de Prisão em Flagrante Delito, a autoridade que presidir os feitos é que será competente para conceder a fiança, porém a fiança poderá ser prestada a qualquer termo do processo, enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória, artigos 332 e 334 do Código de Processo Penal.

---

<sup>113</sup>LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 95.

Desta forma temos que, a raiz do termo “fiança” é a mesma que origina o vocábulo “confiança”, trata-se, de início, de uma garantia pessoal, um compromisso firmado por pessoa tida por confiável, no sentido de que pagaria determinada quantia caso o afiançado se evadisse.<sup>114</sup>

Atualmente, a natureza da fiança é diversa, constituindo uma caução, termo, que por sua vez, aparentado etimologicamente a *precaução*. Trata-se de garantia real, independente, portanto, da idoneidade de quem a presta, consistente na entrega de bens ao Estado, com o fim de assegurar a liberdade do indiciado ou réu durante a *persecutio criminis*, e, secundariamente, também, para garantir o pagamento de custas processuais e ônus a que estiver sujeito o réu.<sup>115</sup>

O valor a ser arbitrado pela autoridade que a conceder está previsto no artigo 325, do Código de Processo Penal, sempre estabelecido em salários mínimos vigentes no país, determinado os limites da seguinte forma:

Letra *a*: de 1 (um) a 5 (cinco) salários mínimos de referência, quando se tratar de infração punida, no grau máximo, com pena privativa de liberdade, até 2 (dois) anos;

Letra *b*: de 5 (cinco) a 20 (vinte) salários mínimos de referência, quando se tratar de infração punida com pena privativa de liberdade, no grau máximo, até 04 (quatro) anos; e

Letra *c*: de 20 (vinte) a 100 (cem) salários mínimos de referência, quando o máximo da pena cominada for superior a 04 (quatro) anos.

Contudo, o parágrafo 1º, do artigo 325, do referido diploma, determina que a condição do acusado será levada em consideração, podendo ser reduzida até o máximo de dois terços ou, aumentada, pelo juiz, até o décuplo.

Como já dissemos, a lei processual penal militar não contempla o instituto da “fiança” por diversos motivos, entre os quais podemos citar o bem juridicamente tutelado, que, nos casos dos militares, contemplam, além do bem jurídico do próprio tipo penal, a hierarquia e disciplina das instituições militares, bem como alguns crimes que atentam contra a “autoridade ou disciplina militar”.

---

<sup>114</sup>MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. São Paulo: Atlas, 2005. p. 441.

<sup>115</sup>BONFIM, Edilson Mougenot. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 433.



No Processo Penal Militar não há de se falar em fiança por não caber a “caução” ou a “garantia”, pois é inimaginável conceder uma liberdade com base em um valor monetário como garantia de comparecimento e acompanhamento do Inquirido Policial Militar ou do Processo Penal Militar, ao qual o acusado responde.

Contudo, a liberdade provisória não foi esquecida pelo Legislador Castrense, salvaguardando o direito de responder em liberdade nos casos em que a lei processual militar permitir.

Vicente Greco Filho<sup>116</sup> afirma que a liberdade provisória é a situação substitutiva da prisão processual, é o contraposto da prisão processual, ou seja, se, de maneira, antecedente, há fundamento para a prisão provisória, esta não se efetiva ou se relaxa se houver uma das situações de liberdade provisória.

Já para Antonio Scarance Fernandes<sup>117</sup>, a expressão liberdade provisória não é adequada, apesar de consagrada na Constituição Federal e no Código de Processo Penal, traz a ideia de uma liberdade que pode, a qualquer momento, vir a cessar.

No Código de Processo Penal Militar, as previsões da liberdade provisória estão nos artigos 253 e 270, da seguinte forma:

*Artigo 253 - quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato nas condições dos artigos 35, 38, observado o disposto no artigo 40, e dos artigos 39 e 42 do código penal militar, poderá conceder ao indiciado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogar a concessão.*

*Artigo 270 - o indiciado ou acusado livrar-se-á solto no caso de infração a que não for cominada pena privativa de liberdade.<sup>118</sup>*

José da Silva Loureiro Neto<sup>119</sup> afirma que como no ordenamento processual militar não é previsto o instituto da fiança, restou somente a liberdade provisória com temperamento

<sup>116</sup>Já se disse que a liberdade provisória é uma antecipação da liberdade definitiva. Todavia essa explicação é imprópria, porque a liberdade definitiva ou pura é a que temos todos nós não sujeitos à coação processual, que é o que acontece, por exemplo, ao acusado definitivamente absolvido, ou mesmo ao acusado que não teve, contra ele, nenhum motivo de prisão provisória. Este último, durante o processo, se não esteve em nenhuma situação de prisão provisória, permaneceu sempre em liberdade pura ou definitiva, tendo, apenas, ônus processuais, e, durante o processo, não se pode dizer que esteve em liberdade provisória (GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 266, 267.).

<sup>117</sup>FERNANDES, Antonio Scarance. **Processo Penal Constitucional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 334.

<sup>118</sup>Decreto Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969 – Código de Processo Penal Militar. Artigo 253 e 270.

<sup>119</sup>Contudo, o autor salienta a importância de não se confundir a liberdade provisória e relaxamento da prisão. Este último caso decorre, também, de preceito constitucional, a saber “a prisão ilegal será imediatamente relaxada pela autoridade judiciária” (artigo 5º, LXV). Ocorre o relaxamento da prisão quando o auditor,

ao rigor da custódia preventiva, prevista na Constituição Federal em seu artigo 5º, inciso LXVI.

O autor cita, ainda, que outra causa de concessão da liberdade provisória é prevista, também, no artigo 253, do Código de Processo Penal Militar, que dispõe:

*Quando o juiz verificar pelo auto de prisão em flagrante que o agente praticou o fato nas condições dos artigos 35 e 38, observado o disposto no artigo 40, e dos artigos 39 e 42, do código penal militar, poderá conceder ao indiciado liberdade provisória, mediante termo de comparecimento a todos os atos do processo, sob pena de revogar a concessão.*

Refere-se o dispositivo legal às causas de excludentes da ilicitude e da culpabilidade, o que é de se louvar, ao contrário do estatuto processual comum que excluiu as dirimentes no artigo 310.

No Processo Penal Militar, portanto, existem duas situações de concessão da liberdade provisória, a do artigo 253 e a do artigo 270 que, segundo Célio Lobão<sup>120</sup>, classifica-se em obrigatória e facultativa, sendo a regra do artigo 270, do Código de Processo Penal Militar, uma concessão obrigatória e, a regra do artigo 253, do mesmo diploma militar, a facultativa.

O autor ressalta, também, que a liberdade provisória não se confunde com a menagem, pois esta consiste na liberdade com restrição de permanência em determinado sítio, o que trataremos em capítulo próprio deste trabalho, enquanto àquela é uma liberdade relativizada pelas condições impostas nos artigos 253, 270 e 271, do Código de Processo Penal Militar.

### 6.3.2 A lei nº 9.099/95 no âmbito da Justiça Militar

A lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, criada com base no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal, estabeleceu a criação no âmbito da União, Distrito Federal e Estados, dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais.

---

mediante despacho, ou o Tribunal castrense, em acórdão oriundo de *habeas corpus*, concedem a liberdade ao indiciado ou ofendido por não mais subsistirem as razões que a determinaram ou por não ter a prisão obedecido aos preceitos legais. Neste caso, não há deveres ou obrigações para o acusado, como ocorre na liberdade provisória [...] (LOUREIRO NETO, José da Silva. **Processo Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 91.).

<sup>120</sup>Segundo a lei processual penal militar a liberdade provisória é obrigatória ou facultativa. A obrigatória é imposição legal, é direito do acusado ou indiciado, enquanto a facultativa poderá ser concedida pelo juiz ou pelo Conselho, nos casos autorizados na lei (LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 329.).

Em 1999, foi acrescentado no artigo 98, da Carta Magna, através da Emenda Constitucional nº 22, o parágrafo único estabelecendo que: “*Lei federal disporá sobre a criação de juizados especiais no âmbito da justiça federal*”.

Esta Emenda Constitucional possibilitou que em 12 de julho de 2001 fosse, então, criada a lei nº 10.259, que implantou o Juizado Especial em âmbito da Justiça Federal.

Com a publicação da lei nº 10.259/2001, o artigo 61, da lei nº 9.099/95, foi alterado, passando a ter a seguinte redação:

*[...] consideram-se infrações penais de menor potencial ofensivo, para efeitos desta lei, as contravenções penais e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa.*

Com a edição da lei nº 10.259/2001 criou-se uma polêmica em relação aos Juizados Especiais Criminais, pois o artigo 2º do novel diploma criou o Juizado Especial somente no âmbito federal, portanto, a definição de crime de menor potencial ofensivo igual àquele cuja pena máxima não fosse superior a dois anos estaria valendo apenas para os crimes federais?

Para solucionar esta polêmica foi editada a lei nº 11.313/2006, que regulamentou o artigo 2º, da lei nº 10.259/2001 e os artigos 60 e 61, da lei nº 9.099/95.

Esta Lei tem como finalidade a busca da conciliação entre as partes e, estabelece, em seu artigo 2º que “*o processo orientar-se-á pelos critérios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível a conciliação ou a transação*”.

De acordo com o artigo 60, da referida Lei, o Juizado Especial Criminal, provido por Juízes Togados ou Togados e leigos, têm competência para a conciliação, o julgamento e a execução das infrações penais de menor potencial ofensivo, respeitando as regras de conexão e continência.

A vedação da aplicação desta Lei no âmbito da Justiça Militar está expresso no artigo 90-A, foi inserida na lei nº 9.099/95 através da lei nº 9.839, de 27 de setembro de 1999, com a seguinte redação: “*as disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar*”.

Contudo, muito tem se discutido quanto à vedação da aplicação desta Lei no âmbito da Justiça Militar, sendo considerado tal dispositivo incompatível com nossa Lei Maior ao afastar o militar deste benefício.

Porém, Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger<sup>121</sup> afirmam que a construção acerca do bem jurídico penal militar é fundamental para justificar o afastamento da aplicação da lei nº 9.099/95, no âmbito da Justiça Militar, ainda com a superveniência da lei nº 10.259/2001.

Luiz Gonzaga Chaves<sup>122</sup>, também, afirma que não se aplica a lei nº 9.099/95, no âmbito da Justiça Militar, em razão de uma interpretação sistemática.

Para o autor, a discussão a propósito desta Lei e sua aplicação nas Justiças Militares têm-se centrado no fato de que a Lei dos Juizados Federais não faz menção à restrição aos procedimentos especiais, o que pode levar à conclusão pela aplicabilidade da lei nº 9.099/95 às Justiças Militares.

Todavia, como assevera Luiz Gonzaga Chaves, “não é o procedimento que é especial na Justiça Militar, mas a própria justiça o é, pelos aspectos diferenciadores que a distinguem da Justiça Ordinária”.

A Justiça Militar é especial, em razão dos princípios basilares que a regem, a disciplina e a hierarquia, que a diferenciam da justiça comum, tanto que o juízo é formado pelos pares do infrator, que conhecem as peculiaridades da função militar para julgá-lo. Então, não é o procedimento que é especial, mas a justiça que o é. A Lei 9.099/95 veio disciplinar o procedimento comum, que constitui a grande maioria dos processos. Sua finalidade foi esvaziar as cadeias, que estavam cheias de presos, por crimes de menor potencial ofensivo e tinha que se dar uma resposta mais efetiva à criminalidade mais violenta.<sup>123</sup>

Como vimos, a lei nº 9.099/95 não foi criada para ser aplicada no âmbito da Justiça Militar, mas para desafogar os Tribunais dos processos que não necessitavam de uma resposta com pena privativa de liberdade ao fato praticado pelo infrator da lei.

O artigo 90-A, da lei nº 9.099/95, veio para confirmar este pensamento, vez que, como disse Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger, o bem jurídico tutelado pelo

<sup>121</sup>Como já aduzimos, não há transicionar bens jurídicos tão complexos como os tutelados pelo Direito Penal Militar, sendo esse, em nosso enfoque, o golpe fatal para afirmar a inaplicabilidade dos Juizados Especiais Criminais aos crimes militares, e isso não só no que concerne aos conceitos, a exemplo do de infração penal de menor potencial ofensivo, mas, também, aos institutos processuais (NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Apontamentos de Direito Penal Militar**. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 2005. v.1, p. 271.).

<sup>122</sup>CHAVES, Luiz Gonzaga. Aplicação da Lei 9.099/95 na Justiça Militar, após a Lei 10.259/01. **Revista Direito Militar**, Florianópolis, Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, ano VIII, n. 43, p. 31, set./out. 2003.

<sup>123</sup>CHAVES, Luiz Gonzaga. Aplicação da Lei 9.099/95 na Justiça Militar, após a Lei 10.259/01. **Revista Direito Militar**, Florianópolis, Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, ano VIII, n. 43, p. 31, set./out. 2003.

Direito Militar não pode ser transicionado, se assim o fosse, colocaria os princípios da disciplina e hierarquia em “cheque”.

#### **6.4 Dos Recursos no Direito Processual Penal Militar – Conceito**

A Constituição Federal prevê em seu artigo 5º, inciso LV o duplo grau de Jurisdição ao declarar que são assegurados aos litigantes o contraditório, a ampla defesa com os meios e recursos a ele inerentes.

Com isso, quis o Legislador constitucional que a todos fossem dado o direito de recorrer à instâncias superiores das sentenças do juiz monocrático.

Na Justiça Militar não é diferente, o réu tem direito de recorrer da sentença de primeira instância, seja ela prolatada pelo Juiz Singular ou pelo Conselho de Justiça Militar conforme funções já definidas anteriormente.

Há várias definições para o que vem a ser o recurso, como as que veremos a seguir, contudo, todas levam à definição de uma nova apreciação do processo.

Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>124</sup> afirma que no seu sentido estrito, recurso nada mais é do que o meio, o remédio jurídico processual pelo qual se provoca o reexame de uma decisão.

Para o autor, os recursos estão intimamente ligados ao tema do duplo grau de jurisdição e, em regra, são encaminhados à instância superior da qual proferiu a sentença para julgá-lo, contudo há exceção, como no caso do Recurso de Embargos Declaratório, que deve ser encaminhado ao próprio órgão prolator da decisão recorrida.

De acordo com a teoria geral dos recursos, há um órgão jurisdicional contra o qual se recorre, que é denominado juízo *a quo*, e outro órgão jurisdicional para o qual se recorre, chamado juízo *ad quem*.

De acordo com Vicente Greco Filho<sup>125</sup>, o sistema processual prevê dois tipos de instrumentos para a reforma de decisões judiciais: recursos e ações, sendo que a história do

<sup>124</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 803.

<sup>125</sup>Historicamente, a partir do Direito romano, primeiro surgiram as ações, em virtude da inexistência de uma estrutura judiciária hierarquizada que tivesse a previsão de órgãos de primeiro e segundo graus. Todavia, já existia o anseio, que é da natureza humana, de corrigir, ou pelo menos rebelar-se contra, a decisão ilegal ou

Direito Processual demonstra que a utilização das ações é maior ou menor segundo as restrições ou ampliações do sistema recursal.

Os recursos, porém, ocupam maior espaço no processo moderno, em virtude da complexidade da estrutura judiciária, decorrente da estrutura estatal complexa, especialmente em país na dimensão do nosso.

Os recursos, porém, dependem de pressupostos estabelecidos na lei, objetivos e subjetivos, para que seja recebido na 1ª Instância e admitido na 2ª Instância.

Ao ser interposto o recurso, o Juiz *a quo* examina se estão satisfeitos os pressupostos recursais, é o juízo de prelibação ou juízo de admissibilidade, que se renova no juízo *ad quem* a fim de que o recurso seja admitido.

Segundo Célio Lobão<sup>126</sup> são pressupostos objetivos a previsão legal, adequação, tempestividade e regularidade procedimental. Os pressupostos subjetivos são a legitimidade para recorrer e a sucumbência.

Não faremos comentários aqui quanto aos pressupostos objetivos, por entender não ser objeto deste trabalho, porém comentaremos os pressupostos objetivos que encontraram divergência na doutrina.

Quanto aos pressupostos subjetivos, portanto, trataremos primeiro da legitimidade para recorrer, sendo que a possui no Processo Penal Militar o Ministério Público, o réu e seu defensor constituído, o Defensor Público ou o defensor designado pelo juiz, e o assistente, este último de forma restrita, como veremos a seguir.

Apesar da justificada omissão do Código de Processo Penal Militar, por ter sido editado antes da Constituição Federal de 1988, que institui a ação penal privada subsidiária da

---

injusta. Daí a *querella nullitatis*, ação para declarar a nulidade de uma decisão, anterior a um sistema recursal estruturado. Com a organização do Império Romano, especialmente por obra do Imperador Adriano, surgiu a apelação, porque o Imperador avocou a si “todas as magistraturas”, inclusive com o poder de rever decisões dos Magistrados. A estrutura complexa do Império e o desenvolvimento do Estado, posteriormente, admitiram recursos para autoridades hierarquizadas em graus, instituindo-se, então, um sistema recursal. Com isso, os recursos passaram a ter maior importância como instrumentos de impugnação de decisões judiciais, mas convivem com as ações, como a revisão criminal, o *habeas corpus*, os embargos de terceiros dos artigos 129 e 130, o mandado de segurança, isso em matéria criminal (GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 327.).

<sup>126</sup>LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 559.

ação penal pública, incluem-se o querelante e o querelado dentre os legitimados para recorrer (artigos 511 e 530 do CPPM e 5º, LIX, da CF).<sup>127</sup>

Os recursos no Processo Penal Militar, segundo Esdras dos Santos Carvalho<sup>128</sup>, em linhas gerais seguem idêntico disciplinamento previsto no Processo Penal comum, com algumas peculiaridades, a serem observadas a seguir.

O autor destaca que somente haverá possibilidade de levar ao conhecimento do Superior Tribunal de Justiça as decisões judiciais, *latu sensu*, da esfera militar estadual ou eventual conflito de competência entre órgãos distintos do Poder Judiciário, visto que as decisões da Justiça Militar da União da primeira instância seguirão para o Superior Tribunal Militar (STM), por não existirem, na esfera militar federal, tribunais regionais.

#### 6.4.1 Espécies de recursos no Processo Penal Militar e suas peculiaridades

Os recursos previstos no Código de Processo Penal Militar (CPPM) contra decisões proferidas na Justiça Militar Federal estão enumerados no Título II, do Livro III, sendo eles:

Recurso em sentido estrito, dos artigos 516 a 525; apelação, dos artigos 526 a 537; embargos, dos artigos 538 a 549; revisão, dos artigos 550 a 562; recurso ordinário de decisões denegatórias de *habeas corpus*, artigos 568 e 569 e artigo 102, II, *a*, da Constituição Federal; recurso extraordinário, artigos 570 a 583; reclamação, artigos 584 a 587.

Célio Lobão<sup>129</sup> afirma que na Justiça Militar Estadual são cabíveis os mesmos recursos acima, incluindo-se o recurso especial, recurso de decisão proferida em mandado de segurança e recurso ordinário de decisão denegatória de *habeas corpus* (artigo 105, II, *a e b*, da Constituição Federal), bem como, reclamação para o Tribunal de Justiça Militar ou para o Tribunal de Justiça nas unidades federativas em que o TJ é órgão de 2ª instância da Justiça Militar.

<sup>127</sup>LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 562.

<sup>128</sup>CARVALHO, Esdras dos Santos. **O Direito Processual Penal Militar numa visão garantista**. A conformação do processo penal militar ao sistema constitucional acusatório como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais na tutela penal militar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

<sup>129</sup>LOBÃO, op. cit., p. 557, nota 127.

Quanto à peculiaridade do Processo Penal Militar, o autor salienta, a respeito da legitimidade do assistente para recorrer, tem sido alegada, em recurso interposto ao Superior Tribunal Militar, a inconstitucionalidade do artigo 65, parágrafo 1º, do Código de Processo Penal Militar, em sua parte final: “*não poderá, igualmente, impetrar recurso, salvo de despacho que indeferir o pedido de assistência*”, por outro lado, o artigo 530, ao indicar quem tem legitimidade para apelar, não inclui o assistente da acusação e sim, tão somente, o Ministério Público e o réu ou seu defensor, aos quais o autor acrescenta o querelante e o querelado, na ação penal militar privada.

Portanto, diante da lei processual penal militar, o assistente não tem legitimidade para apelar, mesmo na omissão do *Parquet*, ou para interpor recurso em sentido estrito.<sup>130</sup>

Outra peculiaridade a ser abordada é a respeito da restrição de recurso de apelação ao defensor do réu revel, estabelecida pelo artigo 414, do Código de Processo Penal Militar, última parte.

O referido artigo dispõe que o curador do acusado revel se incumbirá de sua defesa até o julgamento, podendo interpor os recursos legais, excetuada a apelação de sentença condenatória.

Esdras dos Santos Carvalho<sup>131</sup> assevera que a defesa do réu revel deve ser ampla, assim como a do acusado presente, não podendo a norma ordinária reduzir a garantia constitucional da ampla defesa, do contraditório e do duplo grau de jurisdição.

Para o autor, a parte final do artigo 497, do Código de Processo Penal Militar, que dispõe não ser possível ao réu revel embargar sem que se apresente à prisão, não foi recepcionado pela norma constitucional vigente.

Viu-se que o acusado revel, além de poder ofertar todos os recursos disponíveis no ordenamento jurídico processual penal militar pelo viés da atuação de seu defensor, uma vez que a restrição imposta ao recurso estabelecida no artigo 414 do Código de Processo Penal Militar não sobreviveu ao exame acusatório sob as lentes garantistas, poderá igualmente embargar das decisões definitivas ou com força de definitivas, unânimes ou não, proferidas pelo Superior Tribunal Militar, independentemente de recolhimento ao cárcere.

<sup>130</sup>LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 564.

<sup>131</sup>CARVALHO, Esdras dos Santos. **O Direito Processual Penal Militar numa visão garantista**. A conformação do processo penal militar ao sistema constitucional acusatório como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais na tutela penal militar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 183



Outra exigência, a nosso ver, em desalinho com nosso ordenamento jurídico, é o recolhimento à prisão para poder recorrer, esta questão deve ser analisada com cuidado, pois vai de encontro ao Princípio da Presunção de Inocência.

Prevê o artigo 527, do Código de Processo Penal Militar, que o réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se primário e detentor de bons antecedentes, reconhecidas tais circunstâncias na sentença condenatória.

Esdras dos Santos Carvalho<sup>132</sup> afirma, também, que:

Condicionar o direito de apelar à submissão ao cárcere não está em harmonia com o sistema constitucional acusatório, em especial com a garantia da presunção de inocência, tampouco com a excepcionalidade da prisão antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. A regra deve ser o inverso, para que o réu se submeta à custódia cautelar, visto que não há título judicial definitivo a lastrear a prisão, deve o magistrado apontar na sentença os elementos concretos e indispensáveis para a ocorrência de medida constritora excepcional de modo a mitigar a garantia constitucional da presunção de inocência.

A Súmula nº 11 do Superior Tribunal Militar alterou o artigo 527, com a seguinte redação: “*O recolhimento à prisão, como condição para apelar (artigo 527 do Código de Processo Penal Militar), aplica-se ao réu foragido e, tratando-se de revel, só é aplicável se a sentença houver negado o direito de apelar em liberdade*”.

Neste caso, percebe-se que o artigo 527, do Código de Processo Penal Militar, não se confortou no atual sistema processual penal brasileiro, onde o próprio Supremo Tribunal Federal, em acórdão recente, reconhece que não basta a prisão estar prevista somente em dispositivo legal, há de ter fundamentação para decretá-la (HC 91.183/SP, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgamento: 12/06/2007).

## **6.5 O Direito Administrativo Militar à Luz da Justiça Militar**

O Direito Administrativo Militar possui relevância em nosso estudo à medida que veremos a previsão constitucional deste instituto, as possibilidades de prisões administrativas, o direito de defesa e os recursos previstos na lei estadual paulista, que estabeleceu o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo, bem como a apreciação da punição disciplinar pelo Poder Judiciário.

---

<sup>132</sup>CARVALHO, Esdras dos Santos. **O Direito Processual Penal Militar numa visão garantista**. A conformação do processo penal militar ao sistema constitucional acusatório como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais na tutela penal militar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 187.

A prisão administrativa para militar esta prevista na Constituição Federal, no artigo 5º, inciso LXI, onde o constituinte a colocou como uma exceção às prisões, destacando assim a importância da prevenção aos bens jurídicos militares:

*[...] ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.*<sup>133</sup> (grifo nosso).

Essa exceção deixa clara a importância dada à tutela da hierarquia e disciplina militar, princípios basilares das instituições que tem como missão precípua a defesa do Estado.

Contudo, a lei infraconstitucional não abandonou, e nem poderia, o direito à defesa ao militar acusado de infringir norma administrativa, este direito e as peculiaridades da norma administrativa militar veremos a seguir.

Há de se ressaltar, porém, o não cabimento de *habeas corpus* em sede de punição administrativa militar, Constituição Federal, artigo 142, § 2º, conforme já discutido no capítulo 5.3 deste trabalho.

### 6.5.1 Conceito de Direito Administrativo e Direito Administrativo Militar

Vários são os conceitos doutrinários dados ao Direito Administrativo pela doutrina nacional e estrangeira, diversificando de acordo com a escola de origem do autor.

Entre os conceitos na doutrina nacional, buscamos na obra de Hely Lopes Meirelles<sup>134</sup> um dos quais nos guiará neste estudo:

O conceito de Direito Administrativo Brasileiro, para nós, sintetiza-se no conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado.

<sup>133</sup>Constituição da República Federativa do Brasil, artigo 5º, inciso LXI. 5 de outubro de 1988.

<sup>134</sup>*Conjunto harmônico de princípios jurídicos* significa a sistematização de normas doutrinárias de Direito (e não de política ou de ação social); *que regem os órgãos, os agentes* indica que ordena a estrutura e o pessoal do serviço público; *e as atividades públicas* isto é, a seriação de atos da Administração Pública, praticados nessa qualidade, e não quando atua excepcionalmente, em condições de igualdade com o particular, sujeitos às normas do Direito Privado; *tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado*: aí estão a caracterização e a delimitação do objeto do Direito Administrativo, os três primeiros termos – concreta, direta e imediatamente – afastam a ingerência desse ramo do Direito na atividade estatal *abstrata*, que é a *legislativa*, na atividade *indireta* que é a *judicial*, e na atividade *mediata* que é a *ação social* do Estado. As últimas expressões da definição – fins desejados pelo Estado – estão a indicar que o Direito Administrativo não compete dizer quais são os fins do Estado, outras ciências se incumbirão disto [...] (MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 34.).

De acordo com o autor, portanto, é o Direito Administrativo que cuida dos órgãos, agentes e atividades públicas, nos quais a atividade de Polícia se enquadra, pois a Constituição Federal, no Título V – Da Defesa do Estado e das Instituições Democráticas – em seu Capítulo III – Da Segurança Pública –, artigo 144, incumbiu ao Estado, como dever, prover tal serviço, através de órgãos públicos.

No caso dos Estados Federativos, cabe às Polícias Cíveis e Militares tal mister, ficando, portanto, estas instituições regidas pelo Direito Administrativo brasileiro.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>135</sup>, o conceito de Direito Administrativo depende do critério adotado pelo autor, que são diversos, como por exemplo, a escola do serviço público, o critério do Poder Executivo, o critério das relações jurídicas, o critério teleológico, o critério negativo ou residual, o critério da distinção entre atividade jurídica e social do Estado e o critério da Administração Pública.

A autora define o Direito Administrativo, partindo de um conceito descritivo, o qual abrange a administração pública em sentido objetivo e subjetivo, como:

O ramo do direito público que tem por objeto os órgãos, agentes e pessoas jurídicas administrativas que integram a Administração Pública, a atividade jurídica não contenciosa que exerce os bens de que se utiliza para a consecução de seus fins, de natureza pública.

Esta definição, além de afirmar tratar-se de um ramo do direito público, define como objeto do Direito Administrativo: órgão, agentes e pessoas jurídicas que integram a Administração Pública.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>136</sup>, ao falar dos militares, afirma que esta classe abrange as pessoas físicas que prestam serviços às Forças Armadas – Marinha, Exército e Aeronáutica (artigo 142, *caput*, e § 3º, da Constituição), e às Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares dos Estados, Distrito Federal e dos Territórios (artigo 42), com vínculo

<sup>135</sup>DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2009. p. 47.

<sup>136</sup>A partir dessa Emenda (nº 18/98), ficaram excluídos da categoria, só lhes sendo aplicáveis as normas referentes aos servidores públicos quando houver previsão expressa nesse sentido, como a contida no artigo 142, § 3º, inciso VIII. Esse dispositivo manda aplicar aos militares das Forças Armadas os incisos VIII, XII, XVII, XVIII, XIX e XXV, do artigo 7º e os incisos XI, XIII, XIV e XV, do artigo 37. Vale dizer que os militares fazem jus a algumas vantagens próprias do trabalhador privado: décimo terceiro salário, salário família, férias anuais remuneradas, licença à gestante, licença paternidade e assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas, e estão sujeitos a algumas normas próprias dos servidores públicos: teto salarial, limitações, forma de cálculo dos acréscimos salariais e irreduzibilidade de vencimentos (Ibid., p. 515.).

estatutário sujeito a regime jurídico próprio, mediante remuneração paga pelos cofres públicos.

E, que, até a Emenda Constitucional nº 18/98, eram considerados servidores públicos, conforme artigo 42, da Constituição, inserida em seção denominada “*servidores públicos militares*”.

A autora, ao afirmar que as Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares possuem vínculo estatutário e regime jurídico próprio, nos remete às legislações infraconstitucionais que tratam destas instituições: criação, organização, direitos e deveres.

A criação e organização das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares são baseadas no Decreto-Lei nº 667, de 2 de julho de 1969, que trata da organização, competência e, principalmente, determina a justiça e disciplina destas instituições, no Capítulo V, artigo 18, que determina: “*As Polícias Militares serão regidas por Regulamento Disciplinar redigido à semelhança do Regulamento Disciplinar do Exército e adaptado às condições especiais de cada corporação*”.

Com base neste Decreto-Lei é que surge o Direito Administrativo Disciplinar Militar, que se expressa através do Regulamento Disciplinar, no Estado de São Paulo, Lei Complementar nº 893, de 9 de março de 2001, objeto de nosso estudo, para podermos entender a responsabilidade do militar estadual, a infração administrativa, as possíveis punições e a defesa no Direito Administrativo Militar.

O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo, Lei Complementar nº 893, de 9 de março de 2001, possui 14 (catorze) capítulos com 89 (oitenta e nove) artigos, “trouxe inúmeros avanços e veio adequado aos preceitos já estabelecidos na Constituição Cidadã, eliminando inúmeras faltas disciplinares previstas nos antigos regulamentos, que não eram apenas, pois se encontravam ultrapassadas pelo tempo ou mesmo afrontavam dispositivos constitucionais”.<sup>137</sup>

O Regulamento estabelece em seu artigo primeiro que a hierarquia e a disciplina são bases da organização da Polícia Militar e o artigo 6º define a deontologia policial militar como sendo constituída pelos valores e deveres éticos, traduzidos em normas de conduta, que

---

<sup>137</sup>SANTINON, Clóvis. Apresentação. In: COSTA, Alexandre Henriques da; NEVES, Cícero Robson Coimbra; COSTA, Marcos José da; ROCHA, Abelardo Júlio da; SILVA, Marcelino Fernandes da; MELLO, Rogério Luis Marques de. **Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo**. São Paulo: Suprema, 2007. p. 8.

se impõem para que o exercício da profissão policial militar atinja plenamente os ideais de realização do bem comum, mediante a preservação da ordem pública.<sup>138</sup>

### 6.5.2 Processo e procedimento administrativo militar

Os procedimentos ou processos administrativos previstos na lei nº 893, de 9 de março de 2001, que tem como objetivo apurar as infrações administrativas cometidas pelo militar estadual, são de duas espécies:

Aquele que tem por objetivo apurar as transgressões disciplinares mais simples, que são todas as faltas disciplinares tipificadas no artigo 13, da lei nº 893, chamado de “Procedimento Disciplinar”, cominando em sanções de advertência, repreensão, permanência disciplinar e detenção, de acordo com o artigo 14, do Regulamento Disciplinar.

E outro, mais complexo, chamado de “Processo Regular”, que tem como objetivo a demissão ou expulsão do militar, de acordo com os artigos 23 e 24 do Regulamento Disciplinar.

Os processos regulares são de três espécies, o Processo Administrativo Disciplinar, instaurado para apurar a conduta grave da praça com menos de dez anos de serviço.

O Conselho de Disciplina, instaurado para apurar a conduta grave da praça com mais de dez anos de serviço.

E o Conselho de Justificação para os Oficiais que cometerem transgressão disciplinar de natureza grave.

A natureza da transgressão disciplinar pode ser leve, média ou grave, de acordo com a tipificação que o Legislador apontou em cada transgressão tipificada nos 132 incisos do artigo 13, da lei nº 893.

Para se instaurar o processo regular não basta que o militar tenha infringido uma transgressão de natureza grave, mas tem que haver a combinação de um dos incisos dos

---

<sup>138</sup>Este dispositivo está relacionado à observância, por parte dos policiais militares, de valores cultuados, existindo para tanto, obrigações éticas que, no exercício das atividades de polícia ostensiva e preventiva, devem ser observadas para que se atinja o ideal buscado pelo Estado: o bem comum (COSTA, Alexandre Henriques da; NEVES, Cícero Robson Coimbra; COSTA, Marcos José da; ROCHA, Abelardo Júlio da; SILVA, Marcelino Fernandes da; MELLO, Rogério Luis Marques de. **Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo**. São Paulo: Suprema, 2007. p. 8.).

artigos 7º ou 8º do Regulamento Disciplinar, ou seja, tem que haver também violação dos valores ou dos deveres policiais militares.

O que diferencia a instauração de um procedimento ou de um processo regular é a sanção a ser imposta ao militar. O procedimento militar possui rito mais simples, logo, presta-se para aplicação das sanções mais simples previstas no Regulamento, já os processos regulares possuem rito mais complexo, prestando-se a aplicar, se culpado for o militar, sanções mais severas, como a demissão e a expulsão.

A normatização da aplicação dos processos administrativos obedecem ao que dispõe o artigo 88 deste *Codex*: “O Comandante Geral baixará instruções complementares, necessárias à interpretação, orientação e fiel aplicação do disposto neste regulamento”.

Desta forma, o Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo, através de Portaria, criou as I-16 PM, ou seja, Instruções nº 16 (dezesesseis) da Polícia Militar, para orientar e normatizar o Regulamento Disciplinar.

Alexandre Henriques da Costa assevera que o termo procedimento disciplinar, previsto no Capítulo 7, da lei nº 893, Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo, é inapropriado, pois contraria o significado da palavra “procedimento”, quando na verdade quis-se dizer “processo”:

*In limine*, inapropriado o emprego da expressão procedimento disciplinar. Considerando que o direito funda-se na precisão terminológica e que, a rigor, procedimento expõe significância limitada, não abarcando a relação processual contraditória, nada mais inoportuno que a acolhida do termo para a denominação deste verdadeiro processo. Ademais, independentemente da diferenciação conceitual doutrinária entre processo e procedimento, vê-se que em exame contrariou tendência atual de generalização dos feitos administrativos sob a denominação de processos e não de procedimentos.<sup>139</sup>

Superado o problema da terminologia, esclarecemos que nosso objeto de estudo está centralizado no procedimento disciplinar quanto à defesa, porém, os processos regulares possuem um rito de defesa muito parecido com o que veremos a seguir.

---

<sup>139</sup>COSTA, Alexandre Henriques da; NEVES, Cícero Robson Coimbra; COSTA, Marcos José da; ROCHA, Abelardo Júlio da; SILVA, Marcelino Fernandes da; MELLO, Rogério Luis Marques de. **Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo**. São Paulo: Suprema, 2007. p. 195.

### 6.5.3 A defesa no Direito Administrativo Militar

A defesa no Direito Administrativo Militar, de acordo com o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo e sua normatização, é composto de manifestação preliminar, defesa prévia, defesa final e recursos (ordinários e extraordinários).

A manifestação preliminar é o momento em que o militar, de forma antecipada ao procedimento instaurado, informa à autoridade disciplinar os fatos que levaram-no a cometer a conduta da qual é acusado, tendo o Policial Militar o prazo de três dias para se manifestar.

Não pode se falar neste momento, que houve transgressão disciplinar, pois, existe a possibilidade de uma inexistência de transgressão no caso de não ter ocorrido a conduta ou, ainda, se não foi o manifestante quem a cometeu, ou, também, pode ser justificada a conduta se comprovado a existência de uma das justificativas do artigo 34, do Regulamento Disciplinar.<sup>140</sup>

Se a manifestação preliminar não afastar a conduta transgressional do militar, a ele será imputado, de maneira formal, uma transgressão disciplinar, a qual deverá se enquadrar em uma das cento e trinta e duas condutas, previstas no artigo 13, do Regulamento Disciplinar.

Neste caso, a autoridade disciplinar competente<sup>141</sup> assinará um Termo Acusatório, descrevendo a conduta, o dia, a hora e o local do fato, e relacionando a uma transgressão disciplinar, prevista no Regulamento Disciplinar, artigo 13.

Ao tomar conhecimento do Termo Acusatório, o Policial Militar tem o prazo de cinco dias para elaborar sua defesa prévia, onde deverá relacionar as testemunhas que deseja que

<sup>140</sup> Artigo 34, do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo: *Não haverá aplicação de sanção disciplinar quando for reconhecida qualquer das seguintes causas de justificação: Inciso I: motivo de força maior ou caso fortuito, plenamente comprovado; Inciso II: benefício do serviço, da preservação da ordem pública ou do interesse público; Inciso III: legítima defesa própria ou de outrem; Inciso IV: obediência a ordem superior, desde que a ordem recebida não seja manifestamente ilegal; e Inciso V: uso de força para compelir o subordinado a cumprir rigorosamente o seu dever, no caso de perigo, necessidade urgente, calamidade pública ou manutenção da ordem e da disciplina.* Lei nº 893, de 9 de março de 2001.

<sup>141</sup> Artigo 31, do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo: *Da Competência: A competência disciplinar é inerente ao cargo, função ou posto, sendo competente para aplicar a sanção disciplinar: Inciso I - O Governador do Estado; Inciso II - O Secretário de Segurança Pública e o Cmt Geral a todos os militares estaduais, exceto ao Chefe da Casa Militar; Inciso III - O SubCmt PM a todos os militares da ativa ou inativo; e Inciso IV - Os Oficiais da ativa do Posto de Coronel a Capitão,* lei nº 893, de 9 de março de 2001.

sejam ouvidas a seu favor, fazer o pedido de juntada de documentos que comprovem sua inocência e, se for o caso, solicitar diligências ao presidente do feito.

Após a Administração Pública, através do presidente do procedimento disciplinar, cumprir o solicitado pelo acusado, será dado novas vistas para que, também, no prazo de cinco dias, seja elaborada a defesa final, onde o acusado deverá, com base nas provas carreadas, alegar sua inocência de fato e de direito.

Mantida a acusação de que o Policial Militar tenha cometido uma transgressão disciplinar, o presidente do feito elaborará uma planilha de enquadramento, onde deverá constar o dia, a hora e o local do fato, bem como justificando a decisão com base no afastamento de toda defesa elaborada pelo acusado.

Após a decisão da autoridade disciplinar passar pela análise de pelo menos mais uma autoridade militar, imediatamente superior da qual aplicou a sanção, esta será publicada em Boletim Interno da Corporação, em se tratando de Sargentos ou Oficiais, o Boletim deverá ser reservado, onde o subordinado não toma conhecimento de punição de superior.

Após a publicação, deverá ser dada ciência ao acusado, que no prazo de cinco dias poderá interpor recurso à Administração Pública Militar, em forma de pedido de “Reconsideração de Ato”, conforme o artigo 56, do Regulamento Disciplinar, mediante Parte ou Ofício, documento próprio da Administração Pública Militar à autoridade que praticou o ato ou que lhe aprovou, possuindo efeito suspensivo.

Após recebido o recurso, a autoridade imediatamente superior àquela quem aplicou a sanção terá o prazo de 10 (dez) dias, a contar da data do recebimento do mesmo, para sanear e dar solução ao recurso, dando conhecimento ao interessado, mediante despacho fundamentado, que deverá ser publicado, conforme § 3º, do artigo 57, do Regulamento Disciplinar.

O acusado, após tomar conhecimento formal do indeferimento de seu recurso de reconsideração de ato, no prazo de cinco dias, poderá interpor “Recurso Hierárquico”, por uma única vez, de acordo com o artigo 58, do mesmo Regulamento, também, com efeito suspensivo, à autoridade disciplinar imediatamente superior àquela que não reconsiderou o ato.



Solucionado o recurso hierárquico e indeferido seu pedido, não resta mais recurso próprio ao acusado, remetendo-o ao artigo 30, do Regulamento Disciplinar, que prevê a “Representação”, aceito como um tipo de recurso administrativo impróprio na Administração Militar: “Artigo 30. Representação é toda comunicação que se referir a ato praticado ou aprovado por superior hierárquico ou funcional, que se repute irregular, ofensivo, injusto ou ilegal”.<sup>142</sup>

Os recursos até aqui apontados não afastam a possibilidade do acusado, a qualquer momento, recorrer ao Poder Judiciário, de acordo com a Carta Magna, artigo 5º, inciso XXV.

## 6.6 O Crime de Deserção

A deserção é um crime propriamente militar, ou seja, só previsto no Código Penal Militar, no artigo 187, com casos similares nos artigos 188, 190, 191, 192, 193 e 194, tudo do Capítulo II, do Título III da lei militar, que trata “*Dos Crimes Contra o Serviço Militar e o Dever Militar*”.

Lembrando que os crimes propriamente militares são aqueles só previstos na Lei castrense, ainda que o sujeito ativo possa ser um civil, contudo, como já foi dito, não cabe à Justiça Militar Estadual julgar o civil que cometa fato típico do Código Penal Militar.

Este crime se constitui em o militar ausentar-se, sem licença, da Unidade em que serve, ou lugar que deva permanecer, por mais de oito dias. A pena prevista para este delito é a detenção de seis meses a dois anos, e se se tratar de Oficial, a pena é agravada.<sup>143</sup>

Segundo José da Silva Loureiro Neto<sup>144</sup>, deserção vem de *desertio*, que por sua vez deriva *deserere*, que significa abandonar, desamparar. Não podendo ser confundido com o emansor, que é o ausente, ou seja, aquele que excede o tempo de ausência sem consumir o prazo correspondente ao delito de deserção.

O ausente é aquele que não só faltou ao serviço no qual estava escalado, mas deixou completar vinte e quatro horas do dia subsequente ao qual estava escalado.

<sup>142</sup>Capítulo VII, Seção II, Artigo 30. Da Representação. Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo: Da Representação. Lei nº 893, de 9 de março de 2001.

<sup>143</sup>Código Penal Militar, Decreto Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. Artigo 187.

<sup>144</sup>No caso, o militar ausentar-se (de ausentar-se, afastar-se, desaparecer, retirar-se) sem licença, ou seja, indevidamente (trata-se de elemento normativo do tipo), da Unidade em que serve, ou do lugar que deve permanecer, por mais de oito dias (LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999. p. 152.).

Assim, dizemos que o militar está ausente entre a zero hora do primeiro dia subsequente à falta ao serviço até as vinte e quatro horas do oitavo dia, contados ininterruptamente.

Célio Lobão<sup>145</sup> conclui que o momento consumativo do crime de deserção é a zero hora e um minuto do nono dia de ausência sem autorização.

Não podemos confundir a conduta do artigo 187, que é “*ausentar-se*”, com as condutas do artigo 188, do Código Penal Militar, que são “*não se apresentar – inciso I*” e “*deixar de se apresentar*”.

O artigo 188, da Lei Castrense, trás os casos assimilados ao da deserção, sendo aplicadas as mesmas penas previstas no artigo 187.

A objetividade jurídica neste crime, segundo Cícero Robson Coimbra Neves<sup>146</sup>, está em tutelar o serviço militar afetado pelo fato de o agente não estar presente. Para o autor, protege-se, ademais, o dever militar, o comprometimento, a vinculação do homem aos valores éticos e funcionais da caserna e de sua profissão.

O prazo de oito dias estabelecido na Lei Penal Militar, segundo José da Silva Loureiro Neto<sup>147</sup>, varia de país para país; na França, por exemplo, é de seis dias para os que têm mais de três meses de serviço e de um mês para os recrutas; na Itália o prazo é de cinco dias; já na Alemanha é de três dias; na Bolívia o prazo é de três dias em tempo de guerra e de seis dias em tempo de paz e de dez dias quando finda uma licença determinada; no Chile o prazo é de oito, quatro ou três dias, conforme o caso.

Trata-se de um crime de mera conduta, cujo sujeito ativo é o militar da ativa, classificado como crime instantâneo de efeito permanente e que se consuma à zero hora do nono dia de ausência.

---

<sup>145</sup>LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 379.

<sup>146</sup>NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Apontamentos de Direito Penal Militar**. Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2, p. 253.

<sup>147</sup>LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 1999. p. 153.

### 6.6.1 O direito de defesa no crime de deserção

Como já tratamos, o crime de deserção ocorre quando o militar não está presente, ou seja, pela ausência por mais de oito dias ininterruptos, sem autorização, trata-se de crime propriamente militar, só tipificado no Código Penal Militar.

A Constituição Federal prevê as condições em que o agente poderá ser preso, em regra, quando transitado e julgado ação penal, devidamente fundamentado pelo Juiz de Direito, e nos casos de flagrante delito ou nos crimes propriamente militar (sem ordem fundamentada do juiz), artigo 5º, inciso XVI.

Tratando-se a deserção de um crime propriamente militar, enquadra-se na última hipótese, neste caso, ao se capturar um desertor não se lavra o Auto de Prisão em Flagrante Delito, mas sim o Termo de Captura de Desertor, especificando se o desertor foi capturado ou apresentou-se espontaneamente.

A deserção ou o crime de deserção é um delito ao qual não se aplica o instituto do *sursis*, que é a suspensão condicional da pena, conforme prevê o artigo 88, do Código Penal Militar.

Considerado um crime grave, que atenta contra o serviço militar e o dever militar, o Legislador previu uma pena de seis meses a dois anos de detenção e, segundo Ronaldo João Roth<sup>148</sup>, embora sendo severa a pena privativa de liberdade, quis o Legislador que a pena aplicada ao caso concreto fosse cumprida efetivamente, dado o fato de esse tipo penal atentar gravemente contra a regularidade administrativa e o dever militar.

#### 6.6.1.1 A prescrição do crime de deserção

A prescrição do crime de deserção tem previsão própria no artigo 132, do Código Penal Militar, que prevê a extinção da punibilidade de acordo com o artigo 123, inciso IV, considerando a idade do desertor.

---

<sup>148</sup>Curioso notar que o *sursis*, incorporado pela lei penal militar em 1969, portanto, 45 anos depois da legislação penal comum, levou, ainda, o Legislador ao cuidado de excluir aquele benefício do delito de *deserção* (artigo 187, do Código Penal Militar), atos de libidinagem (artigo 235, do Código Penal Militar) etc., pois reputou essas categorias de delito como de maior lesividade à vida em caserna (ROTH, Ronaldo João. **Temas de Direito Militar**. São Paulo: Suprema Cultura, 2004. p. 57.).

No caso das praças, cuja graduação atinge os Subtenentes, Sargentos, Cabos e Soldados a idade de 45 (quarenta e cinco) anos e para os Oficiais, cuja patente são Coronel, Tenente Coronel, Major, Capitão e Tenente, a idade prevista para prescrição é de 60 (sessenta) anos, ressaltando que estas graduações e patentes são adotadas pela Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Aqui verifica-se que o Legislador optou pelo duplo cômputo para o cálculo da extinção da punibilidade na modalidade prescrição, seja a prescrita no tipo penal (*caput* do artigo 125, do Código Penal Militar), seja a sentenciada (§ 1º, do artigo 125, do Código Penal Militar), adotando, além da regra do artigo 125, do Código Penal Militar, a idade do desertor como parâmetro.

O duplo conceito de prescrição causa divergência na opinião dos operadores do Direito Militar, sendo alegado por alguns que deveria aplicar a regra do artigo 125, do Código Penal Militar somente, motivo pelo qual, em 13 de junho de 2005, o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo editou a Súmula nº 001/2005, que dirimiu qualquer dúvida quanto à prescrição do crime de deserção, confirmando a aplicabilidade do artigo 132, da Lei Castrense, assim sumulando:

*Em plenário do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, sem voto o Senhor Juiz Presidente, DR. PAULO ANTONIO PRAZAK, e vencido o Senhor Juiz Lourival Costa Ramos, por maioria (3x1), reconheceu-se a incidência do artigo 132 do CPM, não se operando a prescrição, enquanto não atingida a idade limite ali prevista, em relação a desertores.*

O prazo para início da contagem prescricional ocorre quando da captura do deserto, conforme Jorge Cesar de Assis<sup>149</sup>:

[...] todavia, o militar, mesmo passando à condição de desertor sobre o qual pairava a regra do artigo 132 do CPM, sendo ele reincluído e tendo passado à condição de réu do processo por crime de deserção (o que pressupõe o recebimento da denúncia), a partir da data em que foi capturado e reincluído é que começará a correr o prazo da prescrição, do artigo 125, inciso VI, do CPM, na exata dicção do artigo 125, § 2º, letra “c”, do mesmo Código, que tem seu correspondente no artigo 111, inciso III, do Código Penal comum.

<sup>149</sup> ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar**. Comentários, Doutrina, Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores. Curitiba: Juruá, 2008. p. 274.

## 6.7 A Menagem e Outros Tipos de Prisões

Em um trabalho com o foco na defesa, alguns poderão questionar o porquê tratar da menagem e outros tipos de prisões neste momento?

A resposta é simples, ao falar de defesa, esta também ocorre no local de cumprimento da pena e, principalmente, na sua progressão, e se não conhecermos as formas de penas e locais de cumprimento destas, como exercer a efetiva defesa?

A menagem é um instituto que diz respeito ao local de cumprimento da pena e só é prevista no Código de Processo Penal Militar, inicialmente no artigo 263, da seguinte forma:

*Artigo 263. A menagem poderá ser concedida pelo juiz, nos crimes cujo máximo da pena privativa de liberdade não exceda a quatro anos, tendo-se, porém, em atenção a natureza do crime e os antecedentes do acusado.*<sup>150</sup>

Contudo, a definição de “menagem” não está no Código de Processo Penal Militar, mas na doutrina processual penal militar, buscando-se na história seu surgimento, como veremos.

Célio Lobão<sup>151</sup> explica que o instituto da menagem remonta o século XIV, onde D. Diniz, em 1356, e D. Pedro I, em 1360, legislaram sobre o seguro, a homenagem e a fiança, sendo que a “homenagem” era um privilégio particularmente concedido à nobreza:

Foi aprovado nas Côrtes d’Elvas no tempo de D. Pedro I e daí passou para as Ordenações Afonsinas e delas para as posteriores [...]. As homenagens eram concedidas pelo Desembargo do Paço e consistiam na licença deferida ao Réu, em sua qualidade pessoal, para estar solto em juízo debaixo de sua promessa [...]. Por homenagem era dada a própria casa ou o Castelo da cidade [...]. Não tinha lugar nos crimes puníveis com pena de morte natural ou civil, no crime de desafio para duelo [...]. A Ord. L. V., título 120 e posteriores Alvarás regularam este modo de livramento, que hoje só é concedido, em casos militares, aos oficiais das forças armadas, sob a denominação de menagem.

Assim, a previsão que temos hoje no artigo 263, Capítulo V, do Código de Processo Penal Militar, da “menagem” é uma evolução histórica do instituto da “homenagem”, concedida aos nobres na época da monarquia.

<sup>150</sup>Seção III, Capítulo V, Artigo 263. Da Menagem. Código de Processo Penal Militar. Decreto Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969.

<sup>151</sup>LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 337.

A menagem, como esta prevista hoje, entra no *hol* das espécies de prisões provisórias fora do cárcere, pois restringe o direito de ir e vir do acusado sem que, contudo, mantenha-o na prisão.

Por outro lado, o instituto, também, guarda relação com a liberdade provisória ou a fiança, pois o acusado não é recolhido ao cárcere, o que denota duplo sentido no que tange à sua natureza jurídica.

Neste sentido, Ronaldo João Roth<sup>152</sup> afirma que o instituto da menagem tem dupla face, ora como forma de prisão provisória (*menagem-prisão*), ora como forma de liberdade provisória (denominando-a *menagem-liberdade*), dependendo a forma como o juiz a aplique.

A menagem, se for concedida em cidade ou residência, é uma forma de liberdade provisória, a qual prefiro denominar menagem-liberdade, ao passo que a menagem concedida em quartel, navio ou estabelecimento delimitado é uma forma de prisão provisória, sem os rigores do cárcere, a que prefiro denominar menagem-prisão. A menagem-liberdade é uma sub-rogação da prisão provisória, portanto, é liberdade e é medida contracautelar. A menagem-prisão, *mutatis-mutandis* é medida substitutiva da prisão-provisória por ser medida mais branda que aquela, logo, é, ao meu ver, verdadeira prisão especial, ou seja, medida de caráter cautelar. Pode ser aplicada assim àquele que se encontra em liberdade ou que esteja preso, provisoriamente. No primeiro caso equivalerá a prisão temporária e no segundo caso equivalerá a liberdade provisória.

Para o autor, é importante identificar a natureza do instituto, pois a *menagem-prisão* terá reflexos no cômputo da pena, para ele o que irá determinar a natureza da menagem é a forma de sua concessão pelo Juiz e o local de seu cumprimento.

O local de cumprimento da menagem, de acordo com o artigo 264, do Código de Processo Penal Militar, obedecidos os requisitos do artigo 240, do mesmo diploma, podem ser:

*A menagem a militar poderá efetuar-se no lugar em que residia quando ocorreu o crime ou seja sede do juízo que o estiver apurando, ou, atendido o seu posto ou graduação, em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar. A menagem a civil será no lugar da sede do juízo, ou em lugar sujeito à administração militar, se assim o entender necessário a autoridade que a conceder.*<sup>153</sup>

José da Silva Loureiro<sup>154</sup> Neto afirma que a menagem constitui uma espécie de prisão provisória fora do cárcere e que o Código da Justiça Militar já a previa em seu artigo 157,

<sup>152</sup>ROTH, Ronaldo João. **Temas de Direito Militar**. São Paulo: Suprema Cultura, 2004. p. 171.

<sup>153</sup>Artigo 254, do Código de Processo Penal Militar. Lugar da menagem. Decreto Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969.

<sup>154</sup>LOUREIRO NETO, José da Silva. **Processo Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 85.

sendo que sua origem remonta a Grécia e Roma, referente à *homenagem*, concedida a determinada categoria de pessoas que se beneficiavam da liberdade em consequência das situações expostas a seguir.

O autor salienta que sua concessão está vinculada a três preceitos previstos no artigo 263, do Código de Processo Penal Militar, sendo eles:

- a) que a pena privativa de liberdade cominada ao crime não exceda quatro anos;*
- b) tendo em atenção a natureza do crime; e*
- c) os bons antecedentes do acusado.*

Para o autor, a segunda condição “tendo em atenção a natureza do crime”, constitui conceito vago e impreciso, sendo que a legislação anterior trabalhou melhor o tema ao exigir que o auditor tivesse em consideração a gravidade e as circunstâncias do crime (artigo 158, § 1º).

A solicitação da menagem está prevista inicialmente no artigo 18, § único, do Código de Processo Penal Militar, onde o encarregado do inquérito, durante o prazo de sua instrução (quarenta dias prorrogáveis por mais vinte, artigo 20) solicitará, se entender necessário, a decretação da prisão preventiva ou de menagem do indiciado.

Célio Lobão<sup>155</sup> afirma que a menagem judicial pode ser concedida, também, de ofício pelo Juiz de Direito do Juízo Militar, ou mediante requerimento do Ministério Público, ou, ainda, do acusado ou indiciado, desde que obedecidas as regras do artigo 263, do Código de Processo Penal Militar, e que não se façam presentes um dos requisitos do artigo 255, do mesmo diploma legal (casos de decretação da prisão preventiva).

O artigo 268, do Código de Processo Penal Militar, trata da contagem do tempo de menagem no cômputo da pena do réu, afirmando que a menagem concedida em residência ou cidade não será levada em conta no cumprimento da pena.

Desta forma, o Legislador diferenciou a menagem cumprida em residência ou cidade, daquela cumprida em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar.

Para o Legislador, de forma tácita, só há detração nos casos de menagem concedida em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar.

---

<sup>155</sup>LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 339.

Fica clara, portanto, a distinção de dois tipos de menagem, como afirmou Ronaldo João Roth, a *menagem-liberdade* e a *menagem-prisão*, em que a distinção se faz pelo local destinado ao seu cumprimento.

A concessão da menagem para cumprimento na residência ou cidade é, portanto, considerada uma liberdade provisória, ou seja, um benefício para o acusado.

Enquanto que, a menagem concedida em quartel, navio, acampamento, ou em estabelecimento ou sede de órgão militar é considerada uma prisão provisória ao acusado, devendo-se aplicar o instituto da detração, conforme determina o artigo 589, do mesmo *codex*.

### **6.7.1 O presídio da Polícia Militar “Romão Gomes” e a Lei de Execuções Penais**

O artigo 61, do Código Penal Militar, determina que a pena privativa de liberdade superior a dois anos, aplicada a militar, deverá ser cumprida em penitenciária militar e, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o recluso ou detento sujeito ao regime conforme legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar.

Deste artigo extrai-se que o militar deverá cumprir sua pena em presídio separado, preferencialmente, contudo, não se exclui a possibilidade de cumpri-la em presídio comum.

Destarte, neste artigo, *in fine*, a aplicação da legislação penal comum no tocante à execução, ou seja, o Legislador não elaborou nova legislação para regular a execução penal do preso militar, mas previu que será adotada a mesma legislação do civil, inclusive os benefícios e concessões nela previstos.

Neste caso, a legislação penal comum de que trata o artigo 61, do Código Penal Militar, é a Lei de Execução Penal nº 7.210, de 11 de julho de 1984, que revogou a lei nº 3.274, de 2 de outubro de 1957.

A Lei de Execução Penal vigente determina, em seu artigo 2º, parágrafo único, que, aplicar-se-á igualmente ao preso provisório e ao condenado pela Justiça Eleitoral ou Militar, quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária.

Portanto, fica o recluso militar sujeito à Lei de Execuções Penais (comum), não há legislação especial para disciplinar o recolhimento do militar quando condenado à pena



privativa de liberdade, provisória ou definitiva, vinculando ainda o Juiz de Direito do Juízo Militar das Execuções Penais sua aplicabilidade.

No Estado de São Paulo, Policiais Militares e Corpos de Bombeiros Militares, quando condenados à pena privativa de liberdade, são encaminhados ao Presídio Militar denominado Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”.

O presídio militar foi instalado provisoriamente em 21 de abril de 1949, por ato do Comandante Geral da Força Pública do Estado de São Paulo.

Em 15 de dezembro de 1975, por força do Decreto nº 7.290, passou a ser denominado Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”, em homenagem ao Coronel Dr. Romão Gomes, Ilustre Militar e participante do movimento Constitucionalista de 1932.<sup>156</sup>

Este presídio militar, que serve a todo o Estado, está situado na Avenida Tenente Júlio Prado Neves, 451 - no bairro do Tremembé, próximo a Serra da Cantareira, na Invernada do Barro Branco.<sup>157</sup>

O Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes” é um órgão de apoio de pessoal, subordinando-se administrativamente à Polícia Militar, através da Corregedoria da Polícia Militar do Estado de São Paulo e para fins de execução penal, ao MM. Juiz de Direito Auditor Corregedor Permanente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo.<sup>158</sup>

O presídio tem capacidade para 350 internos, possuindo 189 presos atualmente, e há quase dez anos não registra fugas e nunca houve rebeliões.

Trata-se do único presídio no Brasil certificado pelo ISO 9001 de gestão de qualidade, em razão da forma como é administrado, pois ao chegar ao presídio, o detento é submetido a exames para determinar seu perfil.

---

<sup>156</sup>Relatório de Gestão do Sistema de Gestão da Qualidade do Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes” da Polícia Militar do Estado de São Paulo, 2004.

<sup>157</sup>A Invernada do Barro Branco é uma área intitulada patrimônio ambiental através do constante do artigo 4º, do Decreto nº 30.443, de 20 de setembro de 1989, chamada de invernada da Polícia Militar do Estado de São Paulo, é uma área de preservação ambiental composta de 50 (cinquenta) alqueires, onde além do Presídio Militar Romão Gomes existem as seguintes Unidades da Polícia Militar do Estado de São Paulo: APMBB (Academia de Polícia Militar do Barro Branco); HPM (Hospital da Polícia Militar); Canil da Polícia Militar; COE (Comando de Operações Especiais); CSM/MTel (Centro de Suprimento e Manutenção de Material de Telecomunicação); CSM/MInt (Centro de Suprimento e Manutenção de Material de Intendência); e CSM/MObras (Centro de Suprimento e Manutenção de Materiais de Obras).

<sup>158</sup>Relatório de Gestão do Sistema de Gestão da Qualidade do Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes” da Polícia Militar do Estado de São Paulo, 2004.

Segundo as estatísticas do próprio presídio, 50% dos militares internos é composto por criminosos ocasionais; 35% tem problemas de convívio social e 15% tem perfil de psicopáticos, transtornos de personalidade e outras patologias.

Entre os delitos mais praticados pelos presos militares estão: o roubo, o homicídio, a extorsão, o estupro e a extorsão mediante sequestro.

O segredo da qualidade do presídio está em não se misturar grupos diferentes, evitando submissões entre presos, discussões e grupos dominantes, sendo que a triagem é realizada por um psicólogo logo na chegada deste ao presídio.

Outro fator determinante para a organização do presídio é a disciplina de seus detentos, diferente do que se imagina, por se tratar de um presídio militar para abrigar Policiais e Bombeiros Militares não há corporativismo, no Presídio Militar Romão Gomes o Soldado e o Coronel presos são tratados da mesma forma, não há mordomias ou tratamentos privilegiados naquele local.

Todos têm que obedecer fielmente ao regulamento interno, que consiste em normas de boa convivência, como acordar cedo, entrar em formação militar quatro vezes ao dia, cantar hino, manter sua cela e demais locais limpos, entre outras.

Outro fator importante que diferencia o Presídio Militar Romão Gomes dos demais presídios é que um percentual muito grande dos internos trabalha e estuda durante o cumprimento de sua pena.

Estima-se que 90% dos reclusos realizam algum tipo de atividade durante o cumprimento de sua pena, são trabalhos oferecidos no interior do presídio, como tapeçaria, mecânica, apicultura, suinocultura, entre outros, possibilitando a remição prevista no artigo 126, da Lei de Execuções Penais.

Em contra partida, os presos militares ficam recolhidos em celas mais espaçosas, pois não há superlotação, recebem três boas refeições diárias e possuem espaço para cultos religiosos.

Tudo isso faz com que este presídio seja o único no Brasil certificado como ISO 9001, diferenciando-o dos demais e servindo de exemplo a ser seguido.

## 6.8 O Inquérito Policial Militar e sua Natureza

O Inquérito Policial Militar possui acento no Código de Processo Penal Militar, no Título III, Capítulo único, sendo que o artigo 9º traz sua finalidade, que é a apuração sumária do fato, que, nos termos legais, configure crime militar, e de sua autoria.

O artigo acrescenta, ainda, que tem o caráter de instrução provisória, cuja finalidade precípua é a de ministrar elementos necessários à propositura da ação penal militar.

Caracteriza-se por tratar-se de um procedimento escrito, que tem como objetivo reunir elementos ou provas que esclareçam crimes militares, suas autorias e materialidades.

O Inquérito Policial Militar é dispensável para a propositura da ação penal militar desde que o titular da ação penal, o representante do Ministério Público, possua elementos suficientes para o oferecimento da denúncia, de acordo com o artigo 28, nas suas alíneas *a*, *b* ou *c*:

- a. quando o fato e sua autoria já estiverem esclarecidos por documentos ou outras provas materiais;*
- b. nos crimes contra a honra quando decorrem de escrito ou publicação, cujo autor esteja identificado; e*
- c. nos crimes previstos nos artigos 341 e 349 do Código Penal Militar (desacato e desobediência a decisão judicial).<sup>159</sup>*

É importante ressaltar que, no âmbito estadual, não existe Ministério Público Militar, órgão especializado e constituído somente no âmbito da Justiça Militar Federal.

Caracteriza-se, também, por ser inquisitivo e sigiloso, porém o artigo 16, do Código de Processo Penal Militar, permite que do inquérito tome conhecimento o advogado do indiciado, sendo ratificado pela Súmula Vinculante nº 14, que determina:

*É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.<sup>160</sup>*

O Inquérito Policial Militar assemelha-se muito ao Inquérito Policial comum, por possuir os mesmos objetivos, apurar autoria e materialidade de um delito, o que os diferenciam é o tipo de delito a ser apurado, o Inquérito Policial presta-se a apurar os crimes comuns, enquanto que o Inquérito Policial Militar presta-se a apurar os crimes militares.

<sup>159</sup> Código de Processo Penal Militar, Decreto Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Artigo 28.

<sup>160</sup> Súmula Vinculante nº 14.

Contudo, a natureza dos dois inquéritos é a mesma, sendo ela a natureza administrativa, que tem como escopo subsidiar o oferecimento e denúncia, configurando-se numa fase pré-processual e inquisitiva.

Fernando da Costa Tourinho Filho<sup>161</sup> explica que a natureza do Inquérito Policial é administrativa, sendo seus caracteres: ser escrito, sigiloso e inquisitivo, já que nele não há o contraditório.

É verdade que o inciso LV do artigo 5º da Constituição Federal dispõe que “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os recursos a ela inerentes”. Nem por isso se pode dizer ser o inquérito contraditório. Primeiro, porque no inquérito não há acusado; segundo porque não é processo. A expressão “processo administrativo” tem outro sentido, mesmo porque no inquérito não há litigantes, e a Magna Carta fala dos “litigantes em processo judicial ou administrativo [...]”. O inquérito é medida preparatória para o exercício da ação penal e, por sinal, dispensável, dès que o titular da ação penal disponha de elementos que o autorizem a ingressar em juízo.

Fernando Capez<sup>162</sup> conceitua o Inquérito Policial como um conjunto de diligências realizadas pela polícia judiciária para a apuração de uma infração penal e de sua autoria, a fim de que o titular da ação penal possa ingressar em juízo.

Trata-se de procedimento persecutório de caráter administrativo instaurado pela autoridade policial. Tem como destinatários imediatos o Ministério Público, titular exclusivo da ação penal pública (Constituição Federal, artigo 129, inciso I), e o ofendido, titular da ação penal privada (Código de Processo Penal, artigo 30); como destinatário mediato tem o juiz, que se utilizará dos elementos de informação nele constantes, para o recebimento da peça inicial e para a formação do seu convencimento quanto à necessidade de decretação de medidas cautelares.

Ressaltando que na Justiça Militar, a ação penal é pública, somente, de acordo com o artigo 121, do Código Penal Militar, assim sendo, o Inquérito Policial Militar sempre se prestará a subsidiar o Ministério Público e não ao ofendido, titular da ação penal privada.

No âmbito do Direito Militar, José da Silva Loureiro Neto, conceitua o Inquérito Policial Militar como sendo, segundo o artigo 9º, do Código de Processo Penal Militar, o conjunto de diligências realizadas pela Polícia Judiciária Militar para apuração de infração penal militar e de sua autoria.

Para o autor, somente é feito quando o fato praticado por civil ou militar estiver subsumido, isto é, constando no Código Penal Militar. Infere-se, pois, que o Inquérito Policial

<sup>161</sup>TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 69.

<sup>162</sup>CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 67.

Militar destina-se à apuração de fatos que deverão ser apreciados somente pela Justiça Castrense.<sup>163</sup>

Realmente o sistema processual adotado pelo Código, como se vê pela própria Exposição de Motivos no item 7, preconiza sua necessidade como instrução provisória antecedente à propositura da ação penal. Isto se justifica, pois é no inquérito que se obtêm elementos, como exames periciais que seriam difíceis de se obter na instrução judiciária. Veja que essas provas técnicas como as periciais em geral, os exames de: corpo de delito, arma de fogo, balística, local de crime, e as avaliações, etc., mormente não renováveis, porém vigoram no processo dado o seu caráter instrutório (parágrafo único do artigo 9º do Código de Processo Penal Militar), tendo em vista que sua realização atende ao princípio da oportunidade e necessidade por parte do encarregado pelas investigações, todavia, nada obsta serem refeitos na fase judicial caso exista vício comprovado ou serem complementados a critério do juiz. Sua finalidade, como consta, é fornecer ao órgão da acusação elementos de convicção para a propositura da ação penal, através da elaboração da denúncia.<sup>164</sup>

Desta forma, conclui-se que, o Inquérito Policial Militar é um instrumento administrativo, escrito, inquisitivo, sigiloso, instruído em fase pré-processual, por autoridade judiciária militar, quando da suspeita de ocorrência de crime militar, para apurar autoria e materialidade com o propósito de subsidiar o titular da ação penal pública a oferecer denúncia, bem como, formar convicção do Juiz Militar, atendendo ao Princípio da Oportunidade e da Necessidade.

### 6.8.1 Características do inquérito policial militar

Como já vimos, a natureza do Inquérito Policial Militar é a mesma do Inquérito Policial comum, bem como suas finalidades também se convergem, tendo como objetivo único, a apuração e colheita de provas de crimes, comum ou militar, para se chegar às suas autorias.

Contudo, as características de cada inquérito divergem, pois os prazos, encarregado, escrivão, delegação, relatório, entre outros aspectos possuem características próprias.

---

<sup>163</sup>Os Tribunais de Justiça Militar dos Estados (órgãos de segunda instância da Justiça Militar estadual, existentes nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul), e auditorias, não poderão julgar civis, em face do preceito constitucional contido no artigo 125, § 4º, que na sua primeira parte dispõe: “Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.” Esclareça-se que os crimes militares definidos em lei são aqueles constantes no Código Penal Militar, de acordo com a regra estabelecida no artigo 9º. Por outro lado, apenas a Justiça Militar Federal é que tem competência para julgar além dos militares, também os civis desde que cometam crimes militares (artigo 124, da Constituição Federal) (LOUREIRO NETO, José da Silva. **Processo Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 1.).

<sup>164</sup>Ibid., p. 2.

Começaremos por explicar o exercício da Polícia Judiciária Militar, que está delimitada no artigo 7º, do Código de Processo Penal Militar, que será exercida pelas autoridades ali elencadas, conforme as respectivas jurisdições.

*Artigo 7º. A polícia judiciária militar é exercida nos termos do artigo 8º, pelas seguintes autoridades, conforme as respectivas jurisdições:*

- a) pelos ministros [...];*
- b) pelo chefe do Estado-Maior [...];*
- c) pelos chefes de Estado-Maior [...];*
- d) pelos comandantes de Exército [...];*
- e) pelos comandantes de Região Militar [...];*
- f) pelo secretário do Ministério do Exército [...];*
- g) pelos diretores e chefes de órgãos [...];*
- h) pelos comandantes de forças, unidades ou navios.<sup>165</sup>*

Em regra, é o Comandante de Unidade (letra *h*, do artigo 7º mencionado), no caso da Polícia Militar do Estado de São Paulo, quem normalmente instaura a Portaria de Inquérito Policial Militar (letra *a*, do artigo 10, do Código de Processo Penal Militar).

Célio Lobão<sup>166</sup> afirma que nos Estados, o Secretário de Segurança não exerce função de Polícia Judiciária Militar, somente os Comandantes Gerais das corporações estaduais.

Na Polícia Militar e no Corpo de Bombeiros Militares, a polícia judiciária militar é exercida pelo Comandante-geral da corporação militar estadual, em relação aos militares integrantes dos quadros da referida corporação sob seu comando; pelos oficiais que exercem comando ou chefia, em unidades ou repartições militares estaduais. O Secretário de Segurança, como servidor civil, mesmo que a corporação militar lhe seja subordinada, não exerce função de polícia judiciária militar.

Uma das primeiras características do Inquérito Policial Militar é a possibilidade de delegação, uma vez instaurado pela autoridade competente, acima citada, esta poderá delegar sua instrução a oficial da ativa, da reserva, remunerada ou não, ou ainda, oficial reformado, obedecendo as normas regulamentares de jurisdição, hierarquia e comando, conforme determina os §§ 1º e 2º, do artigo 7º, do Código de Processo Penal Militar.

Ressalta-se que o Inquérito Policial Militar pode funcionar com autoridade delegante e autoridade delegada, a autoridade delegante é aquela que tem a competência para instaurar o inquérito, prevista no artigo 7º, do Código de Processo Penal Militar, enquanto que a autoridade delegada é aquela quem instrui o feito, o encarregado do inquérito, de acordo com o § 1º, do artigo 7º e o artigo 15 da Lei Castrense.

<sup>165</sup>Código de Processo Penal Militar, Decreto Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Artigo 7º.

<sup>166</sup>LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009. p. 46.

A delegação das atribuições do exercício da Polícia Judiciária Militar não é obrigatória, havendo possibilidade de a autoridade instauradora instruir o Inquérito Policial Militar.

Dadas as circunstâncias em que o Inquérito Policial Militar é instaurado, ou seja, para apurar crime militar e, considerando que, por vezes, o acusado trata-se de um militar, da ativa ou da reserva, e que, no âmbito estadual, somente poderá ser indiciado o militar pelo cometimento de crime militar, pois como já dissemos, o artigo 125, § 4º, excluiu a competência da Justiça Militar Estadual de processar e julgar civil que venha a cometer crime militar, é importante observar a hierarquia para a apuração destes delitos.

Observando, ainda, as regras de delegação, o Código de Processo Penal Militar ressaltou a necessidade do encarregado do inquérito ser um oficial de patente superior ao do acusado, conforme dispõe o artigo 15 da Lei Castrense:

*Artigo 15. Será encarregado do inquérito, sempre que possível, oficial de posto não inferior ao de capitão ou capitão-tenente; e, em se tratando de infração penal contra a segurança nacional, sê-lo-á, sempre que possível, oficial superior, atendida, em cada caso, a sua hierarquia, se oficial o indiciado.<sup>167</sup> (grifo nosso).*

Quis o Legislador que a hierarquia e a disciplina fossem obedecidas, inclusive no momento da apuração de um crime militar, motivo pelo qual não se admite que um subordinado ou oficial de menor patente interrogue ou admoeste um superior sobre nenhum assunto, ainda mais se for acusado de um crime militar.

Há de se ressaltar, também, que, em que pese o Legislador ter deixado para o encarregado nomear o escrivão do inquérito, quando não for feita pela autoridade instauradora daquele, há restrições a serem observadas para tal.

O artigo 11, do Código de Processo Penal Militar, determina que a designação de escrivão para o inquérito caberá ao respectivo encarregado, se não tiver sido feita pela autoridade que lhe deu delegação para aquele fim, recaindo em segundo ou primeiro Tenente, se o indiciado for Oficial, e em Sargento, Subtenente ou Suboficial, nos demais casos.

Outra característica que difere o Inquérito Policial comum do militar são os prazos, sendo os prazos para terminação do Inquérito Policial comum 10 (dez) dias para quando o

---

<sup>167</sup>Código de Processo Penal Militar, Decreto Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. Artigo 15.

indiciado estiver preso (por prisão em flagrante delito ou preventivamente), ou de 30 (trinta) dias, quando estiver solto, artigo 10, do Código de Processo Penal.

No Inquérito Policial Militar os prazos são de 20 (vinte) dias, se o indiciado estiver preso, contado esse prazo a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 40 (quarenta) dias, quando o indiciado estiver solto, contados a partir da data em que se instaurar o inquérito, artigo 20, do Código de Processo Penal Militar.

O Inquérito Policial comum não possui prorrogação de prazo, somente prevendo a solicitação do retorno dos autos para ulteriores diligências, quando for de difícil elucidação e o acusado estiver solto, artigo 10, § 3º.

No Inquérito Policial Militar, de acordo com o artigo 20, § 1º, há a previsão, no caso de indiciado solto, de prorrogação após os quarenta dias, por mais vinte dias, que será autorizado pela autoridade militar superior àquela que o instaurou, desde que não estejam concluídos exames ou perícias já iniciados, ou haja necessidade de diligências indispensáveis à elucidação dos fatos.

Observa-se que o Inquérito Policial Militar destina-se à Justiça Militar, contudo, é a autoridade militar imediatamente superior a que instaurou o inquérito a competente para prorrogar o prazo do feito, por uma única vez e no prazo de vinte dias, findo este prazo o inquérito deverá ser relatado e encaminhado à Justiça Militar constando no relatório as diligências faltantes, mencionando, se possível, o lugar onde se encontram as testemunhas que deixaram de ser ouvidas por qualquer impedimento, conforme § 2º, do artigo 20, do Código de Processo Penal Militar.

Por fim, como diferença entre o Inquérito Policial comum e o militar, citamos o relatório das investigações, sendo que o Código de Processo Penal comum, em seu artigo 10, § 1º, determina que a autoridade encarregada do inquérito deverá confeccionar minucioso relatório do que tiver sido apurado e enviar os autos ao Juiz competente.

O relatório do Inquérito Policial Militar, além de constar as diligências feitas, as pessoas ouvidas e os resultados obtidos, com a indicação do dia, hora e lugar onde ocorreu o fato delituoso, deverá o encarregado dizer se houve infração disciplinar a punir ou indício de crime, pronunciando-se, neste último caso, justificadamente, sobre a conveniência da prisão preventiva do indiciado.



Estas determinações estão previstas no artigo 22, do Código de Processo Penal Militar, cuja exigência do relatório final do inquérito é mais completo do que o previsto no artigo 10, do Código de Processo Penal comum e, ainda, prevê a indicação de infração administrativa relacionada ao fato delituoso.

Motivo pelo qual entendemos que o fato delituoso anda paripasso à transgressão disciplinar, contudo, não podemos esquecer que, assim como, o Inquérito Policial é um procedimento administrativo pré-processual, não podendo gerar efeitos ao acusado, a simples indicação do cometimento de infração administrativa, indicada pelo encarregado do inquérito, também, não pode.

Há necessidade, nestes casos, do encaminhamento do relatório do Inquérito Policial Militar à autoridade disciplinar competente (artigo 31, da Lei Estadual nº 893, de 2001, Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo) para instauração do procedimento administrativo legal, onde será dado o direito ao contraditório e a ampla defesa.

Não há possibilidade alguma de se punir o militar administrativamente com base somente no apontamento do encarregado do Inquérito Policial Militar que, durante ação criminosa, o militar tenha cometido infração administrativa.

Findo o inquérito e confeccionado o relatório, outra característica é que, se este foi delegado, conforme § 1º, do artigo 7º, ele deverá ter como destino a autoridade instauradora, que, como já dissemos, normalmente é o Comandante da Unidade responsável pela área onde os fatos ocorreram, conforme determina o § 1º, do artigo 22, do *Codex* Militar.

A autoridade instauradora deverá confeccionar uma conclusão com base nas provas carreadas nos autos do Inquérito Policial Militar, concordando com o relatório do encarregado do inquérito, discordando e determinando novas diligências ou discordando somente, sendo que no primeiro e no último caso os autos do inquérito deverão ser remetidos ao Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo para apreciação.

Se o inquérito foi instruído pela própria autoridade de Polícia Judiciária Militar, entendemos, neste caso, ser dispensável a conclusão, sendo necessário somente o relatório circunstanciado e sua remessa à Justiça Militar.

Como vimos, várias são as características que diferenciam o Inquérito Policial Militar do comum, seja a delegação, sejam os prazos, seja o relatório, o fato é que a autoridade de

polícia judiciária militar deve estar atenta para realizar um trabalho técnico e cuidadoso na colheita de provas e elucidação dos fatos, de forma imparcial e com o objetivo de se chegar na verdade do ocorrido, auxiliando da melhor forma possível a Justiça Militar.

### 6.8.2 A defesa no inquérito policial militar

Não é fácil tratar do tema da defesa no Inquérito Policial Militar, pois ainda há muita controvérsia doutrinária a esse respeito, na medida em que se entende ser o inquérito uma fase pré-processual e exigir-se que o acusado possa ter direito ao previsto no artigo 5º, inciso LV, da Carta Magna, o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Se por um lado temos que o Inquérito Policial Militar é mera peça administrativa, que tem por objetivo subsidiar de informações o *parquet* para formação da *opinio delicti*, por outro, o acusado sofre toda a carga de responder por um delito ainda não comprovado, maculando-se seu nome a repulsa social.

Este dilema traz à tona a discussão das garantias constitucionais na fase de investigação criminal em resposta à intromissão do poder do Estado de se apurar um crime na reputação, bom nome e vida privada do acusado.

Não iremos discutir aqui as definições dos atributos do acusado, nem tão pouco as características do Inquérito Policial Militar que foram vistas no subitem anterior.

O objetivo é entender o alcance que o contraditório e a ampla defesa, que são princípios constitucionais do Processo Penal Militar, possuem quando da instauração do Inquérito Policial Militar.

Para Marta Saad, ainda que ausente o contraditório, é possível falar-se no exercício do direito de defesa no Inquérito Policial, para ela, defesa e contraditório são autônomos e não se confundem.

Assim, reconhecida a existência de acusação no inquérito policial, entendida esta como sendo atribuição ou afirmação de ato ou fato delituoso a alguém, corolário imprescindível é o exercício do direito de defesa, aqui compreendido de forma ampla como sendo resistência de modo a permitir a contraposição das acusações, com assistência de advogado, a possibilidade de guardar silêncio e a admissibilidade de produção de provas, indispensáveis à demonstração de sua inocência ou da sua culpabilidade diminuída.<sup>168</sup>

---

<sup>168</sup>SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. p. 223.

Desta forma, podemos entender que a defesa não é feita somente através do contraditório, como bem afirma Marta Saad, mas através de outros pressupostos que garantem ao acusado a possibilidade de não se autoincriminar.

Defendendo o afastamento total do contraditório na fase inquisitorial, está Vicente Greco Filho que afirma: “A atividade que se desenvolve no inquérito é administrativa, não se aplicando a ela os princípios da atividade jurisdicional, como o contraditório, a publicidade, as nulidades, etc.”.<sup>169</sup>

Mais contundente ainda é José da Silva Loureiro Neto<sup>170</sup>, ao tratar do caráter inquisitivo do Inquérito Policial Militar, afirmando que este é inquisitivo, não existindo a figura do contraditório, podendo o oficial encarregado dirigir as investigações como entender convenientemente, sem ater-se a um procedimento prévio a ser obedecido.

Entendemos ser o Inquérito Policial Militar um instrumento de busca da verdade, e, por ter um caráter administrativo investigatório, numa fase pré-processual, não cabe os princípios do contraditório e da ampla defesa, próprios da fase processual.

Contudo, nada obsta, como afirmou José da Silva Loureiro Neto, que o encarregado ouça o acusado e seu defensor, ao indicarem novas testemunhas do fato, gerador da acusação, ou busque novas perícias para melhor elucidação do fato.

O Inquérito Policial Militar não pode ser visto apenas como uma ferramenta de incriminação e produção de provas contra o acusado, mas um instrumento de busca da verdade.

O encarregado deve ter como objetivo auxiliar a administração militar de forma imparcial, para tanto, ao nosso ver, deve considerar todas as possibilidades existentes, não só

---

<sup>169</sup>O inquérito policial não é nem encerra um juízo de formação de culpa ou de pronúncia, como existe em certos países que adotam, em substituição ao inquérito, uma fase investigatória chamada “juizado de instrução”, presidida por um juiz que conclui sua atividade com um veredicto de possibilidade, ou não, de ação penal. No sistema brasileiro, o inquérito policial simplesmente investiga, colhe elementos probatórios, cabendo ao acusador apreciá-los no momento de dar início à ação penal e, ao juiz, no momento do recebimento da denúncia ou queixa (GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 78.).

<sup>170</sup>Assim, exemplificando, poderá ouvir quantas testemunhas entender necessárias ao esclarecimento do fato. Veja que a garantia do contraditório e da ampla defesa é assegurado aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral, artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, e o inquérito policial constitui-se em procedimento administrativo investigatório onde inexistente acusação. A despeito daquelas garantias não serem de incidência obrigatória no inquérito policial militar, nada obsta que em determinadas hipóteses isso seja conferido por parte do encarregado das investigações como da participação da defesa nos quesitos para formulação da perícia, ou quando exista pedido para oitiva de testemunhas para esclarecer o fato investigado, isso na hipótese do indiciado se fazer acompanhar de advogado (LOUREIRO NETO, José da Silva. **Processo Penal Militar**. São Paulo: Atlas, 2010. p. 2.).

a que incrimina o acusado, mas, também, como um procedimento que possa reunir elemento de prova que demonstre a inocência do acusado, ainda que estas sejam elencadas pelo próprio acusado ou seu defensor.

Todas as vertentes devem ser levadas em consideração, o caráter inquisitivo e sigiloso do inquérito não retira dele o objetivo maior, o da busca da verdade, ressaltando que, mesmo em sede de inquérito, ninguém deve ser acusado injustamente.

## CONCLUSÃO

1. O estudo da Defesa no Processo Penal Militar impõe pesquisar os princípios constitucionais orientadores do Processo Penal Militar.
2. Constata-se que a compreensão da história da Justiça Militar e seus limites, confundem-se com a própria existência da humanidade.
3. No Brasil os direitos e garantias estão expressos na Constituição Federal e, são os Direitos Processual (comum) e Processual Penal Militar as ferramentas de tutela decorrentes de um Estado Democrático de Direito, ou seja, formam a Constituição aplicada na persecução penal.
4. Para um efetivo exercício de defesa no Processo Penal Militar há necessidade de delimitar a competência do exercício da Polícia Judiciária Militar, que está disciplinada no artigo 144, parágrafo 4º *in fine*, da Carta Magna, nos casos de crimes militares definidos pelo artigo 9º, do Código Penal Militar.
5. Por este motivo não há que se falar em conflito de competência, nem positivo nem negativo, seja entre a Polícia Civil ou a Polícia Federal e a Polícia Judiciária Militar, pois a delimitação está na própria legislação.
6. O bem jurídico tutelado no Direito Penal Militar é o mesmo que o do Direito Penal, aquele eleito pela sociedade como o mais importante, acrescidos dos fatores da hierarquia e disciplina, que são colunas de sustentação do militarismo, características de instituições perenes.
7. O objetivo do Direito Penal Militar e do Processo Penal Militar não é só o de tutelar o bem jurídico militar, mas o da efetividade da Justiça, na qual a liberdade do inocente deva ser o alvo principal a ser acertado pela Justiça Militar.
8. Observamos que os institutos do Direito Penal Militar possuem características únicas, próprias para garantir a existência de Instituições perenes e que têm finalidades específicas.

9. As Instituições Militares não são comuns, não podem ser extintas e, de acordo com a vontade de qualquer um, criada outra em seu lugar; devem ser duradouras e confiáveis, para tanto há necessidade de controle com normas e leis próprias não arbitrárias.
10. O conhecimento das normas e leis militares se fazem necessários por dois motivos, ora para cumpri-las no exercício da atividade jurídica, ora para entender o funcionamento e a necessidade das Instituições Militares.
11. Existem críticas quanto à rigidez das normas e leis militares, porém, poucas são feitas com conhecimento e o estudo necessário para entender a necessidade de se controlar um grande contingente de pessoas armadas e que tem como missão a defesa da pátria e do cidadão, muitas vezes, com o sacrifício da própria vida.
12. Concordamos que alguns institutos da Lei Castrense não foram recepcionados pela Constituição de 1988, sendo necessária uma atualização do Código de Processo Penal Militar, assim como acontece com o Código de Processo Penal comum.
13. Devemos perseguir o *status libertatis* do cidadão de forma intransigente. A prisão de um cidadão, militar ou civil, deve obedecer ao devido processo legal, com todas as garantias decorrentes da ampla defesa devidamente asseguradas.
14. O Processo Penal Militar, assim como o Processo Penal comum, não pode, nem deve em algum momento, afastar-se da nossa Lei Maior, assegurando, sempre, os direitos e garantias nela inseridos.
15. Não há dúvidas de que o direito de defesa é um dos pontos mais importantes nos ordenamentos jurídicos dos Estados Democráticos de Direito, no qual o Processo Penal constitua instrumento de aplicação da Constituição.
16. No Processo Penal Militar, assim como ocorre no Processo Penal comum, o acusado deve ser reconhecido como sujeito de direitos e não como um objeto do Estado, a quem obrigatoriamente, o Estado imporá uma sanção.

17. Este reconhecimento baseia-se nos direitos constitucionais fundamentais, que são os direitos de defesa e do contraditório e, ainda, o direito da presunção de inocência, até o trânsito em julgado da condenação.
18. No tocante ao direito de defesa, é importante salientar a necessidade de se colocar à disposição do acusado todos os concretos direitos de que ele legalmente dispõe de codeterminar ou de moldar a decisão final do processo.
19. É com a igualdade entre as partes no processo que o Estado-Juiz poderá dizer o direito a ser aplicado ao caso concreto.
20. Por fim, concluímos que os limites e expansões do Processo Penal Militar estão na própria Constituição da República Federativa do Brasil, pois é na Lei Maior que podemos encontrar os direitos e garantias do cidadão, militar ou não.

## REFERÊNCIAS

ARAUJO, Luiz Alberto David; NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **Curso de Direito Constitucional**. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

ASSIS, Jorge César de. **Comentários ao Código Penal Militar**. Comentários, Doutrina, Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Militar Anotado**. Art. 1º ao 169. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008. v. 1.

\_\_\_\_\_. **Código de Processo Penal Militar Anotado**. Art. 170 ao 383. Curitiba: Juruá, 2008. v. 2.

\_\_\_\_\_. **Direito Militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2008.

BENTO, Ricardo Alves. **Presunção de inocência no processo penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

BONFIM, Edilson Mougnot. **Curso de Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Imprensa Oficial do Estado. **História da Justiça Militar do Estado de São Paulo**. São Paulo: IOE, 1976.

CAMPOS JÚNIOR, José Luiz Dias. **Direito Penal e Justiça Militares - Inabaláveis Princípios e Fins**. Curitiba: Juruá, 2001.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

CARVALHO, Esdras dos Santos. **O Direito Processual Penal Militar numa visão garantista**. A conformação do processo penal militar ao sistema constitucional acusatório como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais na tutela penal militar. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

CARVALHO, Marcia Dometila de Lima. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992.

CHAVES, Luiz Gonzaga. Aplicação da Lei 9.099/95 na Justiça Militar, após a Lei 10.259/01. **Revista Direito Militar**, Florianópolis, Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, ano VIII, n. 43, p. 31, set./out. 2003.

CHOUKR, Fauzi Hassan. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 3. ed. São Paulo: Lumen Juris, 2006.

CORRÊA, Getúlio. **Direito Militar – História e Doutrina**. Florianópolis: Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais, 2002.



COSTA, Alexandre Henriques da; NEVES, Cícero Robson Coimbra; COSTA, Marcos José da; ROCHA, Abelardo Júlio da; SILVA, Marcelino Fernandes da; MELLO, Rogério Luis Marques de. **Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo**. 3. ed. São Paulo: Suprema, 2007.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Crime militar**. Rio de Janeiro: Rio, 1978.

COSTA, José de Faria; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Direito Penal Especial, Processo Penal e Direitos Fundamentais: visão luso-brasileira**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. **A reação defensiva à imputação**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FRANCO, Alberto Silva; STOCO, Rui. (Orgs.). **Código de Processo Penal e sua interpretação jurisprudencial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

GRECO FILHO, Vicente. **Manual de Processo Penal**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

HERRERA, Renato Astrosa. **Derecho Penal Militar**. Santiago de Chile: Jurídica de Chile, 1971.

HISTÓRIA do STM, fundação. Superior Tribunal Militar, Brasília. Disponível em: <<http://www.stm.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2009.

HISTÓRIA, competência e composição. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Disponível em: <<http://www.tjm.sp.gov.br>>. Acesso em: 10 set. 2009.

IMPERADOR romano Constantino. UOL Educação, Biografias, São Paulo. Disponível em: <<http://educação.uol.com.br/biografias>>. Acesso em: 17 mai. 2010.

LAZZARINI, Alvaro. **Direito Administrativo da Ordem Pública**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009.

LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro; LIBERATI, Wilson Donizete. **Direito Penal e Constituição**. São Paulo: Malheiros, 2000.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1999.

\_\_\_\_\_. **Processo Penal Militar**. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MALAN, Diogo Rudge. **A sentença incongruente no processo penal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

MARQUES, José Frederico. O processo penal na atualidade. In: PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Orgs.). **Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Acadêmica, 1993. p. 20.

MARTINS, Eliezer Pereira; CAPANO, Evandro Fabiani. **Inquérito Policial Militar**. São Paulo: LED, 1996.

MASCARO, Alysson Leandro. **Introdução à Filosofia do Direito**. Dos modernos aos contemporâneos. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e a aplicação do Direito**. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo brasileiro**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MIGUEL, Claudio Amin; COLDIBELLI, Nelson. **Elementos de Direito Processual Penal Militar**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Processo Penal**. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. 2. ed. Portugal: Coimbra, 1983. v. 2.

MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. 2. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 2. ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2004.

NEVES, Antonio Castanheira. **Sumário de processo penal**. Coimbra, 1967.

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

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. **Apontamentos de Direito Penal Militar**. Parte Especial. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Provas no Processo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PARANHOS, Carlos Alberto Teixeira. A Justiça Militar no cenário internacional. **Revista do Superior Tribunal Militar**, Brasília, v. 10, n. 1, p. 36, 1988.

PEDROSO, Fernando de Almeida. **Processo Penal**. O direito de defesa: repercussão, amplitude e limites. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PINTO, Eduardo Augusto Alves Vera Cruz. Os Tribunais Militares e o Estado de Direito Democrático. In: MIRANDA, Jorge; SILVA, Marco Antonio Marques da. **Tratado luso-brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: Quartier Latin, 2008. p. 57.

PORTO, Hermínio Alberto Marques; SILVA, Marco Antonio Marques da. (Orgs.). **Processo Penal e Constituição Federal**. São Paulo: Acadêmica, 1993.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico penal e Constituição**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RELATÓRIO de Gestão do Sistema de Gestão da Qualidade do Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes” da Polícia Militar do Estado de São Paulo, 2004.

ROTH, Ronaldo João. **Temas de Direito Penal**. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

\_\_\_\_\_. **Temas de Direito Militar**. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

\_\_\_\_\_. **Justiça Militar e as peculiaridades do juiz militar na atuação jurisdicional**. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal**. Organização e Tradução de André Luiz Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SAAD, Marta. **O direito de defesa no inquérito policial**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SABELLI, Cid. **Processo Penal Militar**. Da teoria à prática. São Paulo: Suprema Cultura, 2008.

SANTINON, Clóvis. Apresentação. In: COSTA, Alexandre Henriques da; NEVES, Cícero Robson Coimbra; COSTA, Marcos José da; ROCHA, Abelardo Júlio da; SILVA, Marcelino Fernandes da; MELLO, Rogério Luis Marques de. **Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo**. 3. ed. São Paulo: Suprema, 2007. p. 8.

SARAIVA, Paulo Lopo. **Manual de Direito Constitucional**. São Paulo: Acadêmica, 1995.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

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

\_\_\_\_\_. **A vinculação do juiz no processo penal**. São Paulo: Saraiva, 1993.

SILVA, Marco Antonio Marques da. (Coord.). **Processo penal e garantias constitucionais**. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.  
v.1.

\_\_\_\_\_. **Manual de Processo Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.