

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

DIRCEU AUGUSTO DA CÂMARA VALLE

**BEM JURÍDICO E COMPETÊNCIA NO PROCESSO PENAL MILITAR:
EFETIVIDADE DA JUSTIÇA E DIGNIDADE DO JURISDICIONADO**

DOUTORADO EM DIREITO

**SÃO PAULO
2014**

**PONTIFÍCIA UNIVERSIDADE CATÓLICA DE SÃO PAULO
PUC-SP**

DIRCEU AUGUSTO DA CÂMARA VALLE

**BEM JURÍDICO E COMPETÊNCIA NO PROCESSO PENAL MILITAR:
EFETIVIDADE DA JUSTIÇA E DIGNIDADE DO JURISDICIONADO**

DOUTORADO EM DIREITO

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

**SÃO PAULO
2014**

Banca Examinadora

Sumário

Introdução		1
1	Justiça Militar	6
1.1	Contexto histórico	6
1.2	Organização da Justiça Militar	17
1.2.1	Justiça Militar da União	17
1.2.2	Justiça Militar dos Estados	20
1.2.3	Conselhos de Justiça	22
2	Direito Penal Militar	24
2.1	Do crime militar	24
2.2	Crime propriamente militar	27
2.3	Crime impropriamente militar	28
2.4	Crime militar de tipificação direta	29
2.5	Crime militar de tipificação indireta	30
2.6	Dos crimes militares em tempo de paz	30
2.7	Dos crimes militares em tempo de guerra	33
3	Direito Processual Penal Militar	34
3.1	Princípios da territorialidade e extraterritorialidade	34
3.2	Jurisdição	38
3.2.1	Introdução	38
3.2.2	Conceito	41
3.2.3	Características	42
3.2.4	Espécies	47
3.2.5	O processo como instrumento da jurisdição	47
3.2.6	Foro militar	51
3.3	Competência	54
3.3.1	Generalidades	54
3.3.2	Critérios de fixação	59
3.3.3	Modificação da competência	68
3.3.4	Competência originária	94
3.3.5	Conflitos de competência	95
3.3.6	A Súmula n.º 297 do Supremo Tribunal Federal	101
4	Processo Penal Militar e Bem Jurídico	105
4.1	Contornos ao bem jurídico e o papel social do agente	105
4.1.1	Bem jurídico-penal e teoria tridimensional do Direito	114

4.1.2	Avaliação e escolha do bem jurídico-penal	118
4.1.3	Bem jurídico-penal militar	122
4.2	Interpretação do Código de Processo Penal Militar	128
4.3	Formação dos juízes militares	139
4.4	O julgamento de praças e a identidade física do juiz	142
4.5	O princípio do juiz natural	144
4.5.1	Percurso constitucional	144
4.5.2	O juiz natural e a atual Constituição Federal	147
4.5.3	Termo <i>a quo</i> para a predeterminação do juiz natural	154
4.5.4	O julgamento de civis pela Justiça Militar	155
4.5.5	O assemelhado e a Justiça Militar	163
4.5.6	Crimes dolosos contra a vida: competência e atribuição	165
4.5.7	O juiz natural e a interceptação telefônica	172
4.5.8	Justiça Militar e Juizado Especial Criminal: competência	177
4.5.9	Força Nacional de Segurança: competência	182
4.5.10	Militares em missão de paz: competência	182
5	Efetividade da justiça e dignidade do jurisdicionado	183
Conclusão		191
Referências		194

Resumo

Dirceu Augusto da Câmara Valle. Bem Jurídico e Competência no Processo Penal Militar: Efetividade da Justiça e Dignidade do Jurisdicionado. São Paulo. 2014. Programa de Estudos Pós-Graduados em Direito da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Tese de Doutorado em Direito Processual Penal.

A pesquisa investiga o papel do bem jurídico-penal na fixação da competência processual penal na esfera militar. Para tanto, desenvolve-se uma relação de implicação entre o direito material e o direito instrumental especial. Analisa-se a legitimidade constitucional do processo penal castrense a partir de uma releitura interpretativa do Código de Processo Penal Militar, a fim de estabelecer contornos mais precisos e, sobretudo, democráticos, atentando aos vetores constitucionais vigentes, à aplicação do princípio do juiz natural na Justiça Militar, com destaque para decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Examina-se a condição de afetação de bens jurídicos penais atados à hierarquia e à disciplina, a fim de estabelecer, ou não, a competência da justiça especializada. Aborda-se o papel social do agente, como elemento de fixação da competência, procurando-se afastar interpretações literais e isoladas do estatuto repressivo castrense, mas desprendidas quando cotejadas com o ordenamento como um todo. As problemáticas enfrentadas ao longo do texto repercutem no acesso à justiça penal e, particularmente, no âmbito de efetivação do devido processo legal, cara garantia constitucional, tudo a contribuir para uma melhor aferição dos critérios a envolver a fixação do juiz natural, com projeções orientadoras para os conflitos de competência submetidos às Cortes Superiores e, também, às questões que atormentam tanto os Tribunais de Justiça Militar como os Tribunais de Justiça.

Palavras-chave: Bem jurídico-penal. Competência. Processo penal militar. Juiz natural. Papel social do agente.

Abstract

Dirceu Augusto da Câmara Valle. Legal interests and military jurisdiction in criminal proceedings: Effectiveness justice and dignity of claimant. São Paulo. 2014. Program of Postgraduate Studies in Law, Catholic University of São Paulo. Thesis in criminal procedural law.

The research investigates the role of the legal criminal assets in setting the criminal procedural competence in the military sphere. Due to this, it is developed a relationship of implication between the substantive law and the especial instrumental law. Analyzes the constitutional legitimacy of the military criminal proceedings from an interpretive retelling of military criminal procedure code in order to establish, above all, more democratic precise contours, paying attention to the existing constitutional vectors, applying the principle of natural justice in military courts, highlighting the Inter-American court decisions of human rights. Examines the condition of allocation of criminal legal interests tied to hierarchy and discipline in order to establish whether or not the jurisdiction of special courts. It is discussed the social role of the agent as a fixation element of competence, looking away literal and isolated interpretations from the castrense repressive statute as a whole. The problems encountered throughout the text reverberate in access to criminal justice, and particularly in the context of execution of criminal due process, the constitutional guarantee, all contributing to a better assessment of the criteria involve setting the natural judge, with projections guidelines for conflicts of jurisdiction submitted to the higher courts, and also the issues that plague both the military justice courts as courts of justice.

Keywords: Legal criminal assets. Jurisdiction. Military criminal proceedings. Natural judge. Social role of the agent.

Introdução

Tamanha é a importância do juiz natural em um Estado Democrático de Direito que o legislador constituinte, no artigo 5º, inciso LIII, da Constituição Federal, erigiu o dito princípio ao *status* de dogma constitucional.

O bem jurídico-penal, por sua vez, goza de igual relevo, porquanto afere, observado o momento histórico-cultural, o limite da norma penal.

E é analisando a unidade formada pelo direito material e pelo direito instrumental que, além de definir o alcance da lei penal, *ultima ratio* do sistema, define-se o órgão jurisdicional competente em dizer o direito.

Nesse quadrante, a pesquisa aborda, a partir de variados prismas, diversos temas relacionados à atuação da Justiça Militar, analisando-se, especialmente, a competência no processo penal militar à luz de exame do bem jurídico-penal.

A Constituição Federal, em seu artigo 124, prevê que à Justiça Militar “compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei”.

No Código Penal Militar, como que regulamentando o texto constitucional, encontram-se os principais parâmetros para definir a competência, tanto em tempo de paz como em tempo de guerra, *ex vi* de seus artigos 9º e 10.

O Código de Processo Penal Militar, em complemento, regula a matéria nos artigos 85 *usque* 121.

Não bastasse, para definir a competência na Justiça Militar, além da observância à Constituição Federal, ao Código Penal Militar e ao Código de Processo Penal Militar, não se pode perder de vista as convenções e os tratados internacionais, até porque o artigo 5º, § 2º, do próprio texto constitucional, dispõe que os direitos e garantias nela expressos não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que for parte o Brasil.

Nesse passo, em uma primeira e superficial leitura, poder-se-ia dizer que as regras de fixação de competência do ramo especial ou especializado seriam de fácil interpretação, contudo, não o são.

Entretanto, apesar de toda a trama legislativa que envolve a temática acerca da competência da Justiça Militar, comuns são os conflitos de competência, de modo que, não raras vezes, colidem o entendimento do Superior Tribunal Militar e dos Tribunais de Justiça Militar – e, ainda, dos Tribunais de Justiça nos Estados que não instalada a especializada – com os posicionamentos, respectivamente, do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

No julgamento do Conflito de Competência n.º 7346-2/SP¹ decidido pelo

¹ “EMENTA: CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA ENTRE O SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR (STM) E O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ). *HABEAS CORPUS* IMPETRADO, EM FAVOR DE OFICIAL DA POLÍCIA MILITAR, CONTRA DECISÃO EMANADA DE TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA, EM REFERIDO CONTEXTO, PROCESSAR E JULGAR A AÇÃO DE *HABEAS CORPUS*. AS DECISÕES DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL ESTÃO SUJEITAS, UNICAMENTE, AO CONTROLE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ENQUANTO INSTÂNCIAS DE SUPERPOSIÇÃO. O SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR NÃO DISPÕE DE COMPETÊNCIA DE DERROGAÇÃO DOS ACÓRDÃOS EMANADOS DA JUSTIÇA MILITAR DOS ESTADOS-MEMBROS. A QUESTÃO DA COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO E DOS ESTADOS-MEMBROS. O CARÁTER ANÔMALO DA JURISDIÇÃO PENAL CASTRENSE,

Supremo Tribunal Federal, em que o Superior Tribunal de Justiça negou competência para apreciar questão envolvendo policial militar, remetendo os autos ao Superior Tribunal Militar, por exemplo, se vê a dificuldade no lidar com a matéria.

E para solucionar questões acerca da competência no processo penal militar, assim como quando da interpretação de todo e qualquer ramo do direito, necessária a interpretação do ordenamento como um sistema, especialmente o direito penal e o direito processual penal, irmãos siameses, haja vista que “não se interpreta o Direito em tiras, aos pedaços”.²

Não por outra razão as palavras de Jorge de Figueiredo Dias:

“O direito processual e o direito substantivo penal formam uma *unidade*, derivada da função específica que a esta extensa região do direito compete: só através do direito processual logra o direito substantivo, ao aplicar-se aos casos reais da vida, a realização ou concretização para que originariamente tende”.³

E resultado dessa unidade, chamada por Jorge de Figueiredo Dias de “direito penal total”, é que

OUTORGADA À JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO, EM TEMPO DE PAZ, SOBRE CIVIS. O CASO “*EX PARTE MILLIGAN*” (1866): UMA “*LANDMARK DECISION*” DA SUPREMA CORTE DOS EUA (RTJ 193/357-358). RECONHECIMENTO, NO CASO, DA COMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA PARA PROCESSAR E JULGAR, EM SEDE ORIGINÁRIA, *HABEAS CORPUS* IMPETRADO CONTRA DECISÃO EMANADA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO” (STF – CC 7346-2 – REL. MIN. CELSO DE MELLO – J. 07.12.06).

² GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 40.

³ *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 23-24. Reimpressão.

“a conformação teleológica fundamental do direito penal substantivo exercerá uma enorme influência na concepção do direito processual penal respectivo. E não é só, acrescente-se, a sua conformação fundamental: mesmo relativamente a problemas processuais os mais concretos ficam o seu sentido e a sua solução dependentes de uma certa tomada de posição da parte do direito substantivo, de tal modo que alterações deste (mesmo mínimas) se comunicam, por vezes com força potenciada, ao direito processual penal”.⁴

É o que se propõe demonstrar o presente trabalho.

Esclarecendo a metodologia empregada, adota-se a pesquisa qualitativa, mediante a avaliação de conteúdo teórico bibliográfico, a discutir a interpretação de textos normativos.

A estrutura do trabalho conta com a seguinte forma de apresentação:

No capítulo I, aborda-se o contexto histórico, a organização e o funcionamento da Justiça Militar no Brasil.

O capítulo II, por sua vez, examina diversos pontos relacionados ao Direito Penal Militar, que guardam, direta ou indiretamente, relação com a temática processual penal militar.

O capítulo III trata do Direito Processual Penal Militar, com esteio nas

⁴ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 40.

noções de jurisdição e competência, em especial o alcance atual da Súmula n.º 297 do Supremo Tribunal Federal.

O capítulo IV aborda questões atreladas à Justiça Militar, tudo a partir de uma perspectiva constitucional, buscando mostrar a correlação entre a análise do bem jurídico-penal militar e o papel social agente como critérios de fixação da competência.

Por fim, no capítulo V, tecidas considerações acerca da efetividade da justiça e da dignidade do jurisdicionado, especialmente no que pertine à Justiça Militar.

1. Justiça Militar

1.1. Contexto histórico

A Justiça Militar guarda origem com a própria formação da humanidade, marcada por diferentes conflitos desencadeados por transformações políticas, econômicas, sociais e culturais de cada período histórico.

É sabido que a Justiça Militar inseriu-se na dinâmica de organização de Exércitos para a aquisição, defesa e expansão de territórios dominados por grupos humanos dotados, sobretudo, de certa hegemonia política.

Acredita-se, como observa Edgar de Brito Chaves Júnior: “que o primeiro Exército organizado surgiu, provavelmente, na Suméria, quatro mil anos antes de Cristo (...) a organização militar do mundo antigo, especialmente na Mesopotâmia e no Egito – berços da civilização -, teve origem com a implantação das Cidades-Estados, o expansionismo dos impérios orientais e a luta pela posse de terras aráveis e de águas dos rios”.⁵

Na Grécia antiga, a organização de Exércitos regia a dinâmica da vida política e social, particularmente em Esparta. A cidade de Esparta contava com uma região acidentada, marcada por ilhas, braços de mar e montanhas, o que favorecia o isolamento dos povos e dificultava a abastecimento da cidade, o que justificava os permanentes conflitos entre os povos daquela localidade. O *status* de cidadão, por sua vez, estava intimamente ligado à organização militar, única instituição capaz de reger a vida política por meio de estratégias de guerra.

⁵ *Escorço Histórico da Justiça Militar*, in Revista de Estudos & Informações, nº 08 - TJM/MG, 2001, p.12-18.

Assim, os demais grupos sociais ficavam à margem da vida política espartana e se dedicavam à agricultura e ao artesanato, mantendo-se a atividade escravocrata, inclusive.

Nesse sentido, relativamente à história dos crimes militares, em certos povos civilizados, lembra José Luiz Dias Campos Júnior:

“A história da Justiça Militar tem suas origens na própria história da humanidade. (...) existem antecedentes históricos que permitem deduzir que, em determinados povos civilizados da antiguidade, tais como 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”.⁶

Não obstante, em Roma, notou-se o contorno diferenciado dos grupos de guerra, como destaca Edgar de Brito Chaves Júnior: “Mas os primeiros exércitos da Antiguidade foram, sem sombra de dúvida, os de Roma: exércitos essencialmente ofensivos, em que o espírito e a disciplina militar eram os pilares da organização.”⁷

Mais uma vez, destaca Edgar de Brito Chaves Júnior:

“Roma, nascida da guerra e para a guerra, foi sempre um verdadeiro acampamento permanente, e os seus habitantes,

⁶ *Direito Penal e Justiça Militar*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 48.

⁷ *Escorço Histórico da Justiça Militar*, in *Revista de Estudos & Informações*, TJM/MG, 2001, nº 08, p.12-18.

cujas aptidões, como todas as aspirações, tendiam à conquista e à dominação, foram sempre, por caráter e por temperamento, um verdadeiro povo de soldados, tanto na paz como na guerra.”⁸

Vê-se, com isso, o primeiro momento da história civilizatória que contribuiu significativamente para o aperfeiçoamento da Justiça Militar: o império romano.

O império romano, por conta de seu caráter extremamente ofensivo, com a necessidade de disciplinar as relações entre os militares, instituiu as bases da hierarquia e da disciplina, o que deu origem aos *Codex Theodosianus*, considerado o primeiro Código Penal Militar do Ocidente.⁹

Ronaldo João Roth pondera que Roma foi o berço da Justiça Militar, lembrando que “o nosso Direito Penal Militar remonta às raízes latinas, '*jus castrensis romanorum*', ou seja, o direito dos acampamentos romanos, de origens remotas, séculos I e II da era Cristã”.¹⁰

Nessa linha, Rodrigo Freitas Palma explica que: “Os romanos, à época de Cícero (século I) já possuíam uma clara noção de Direito Militar, ainda que a terminologia (*ius militari*) não fosse utilizada a todo momento, sendo, por vezes, até confundida, ou entendida inadequadamente como sinônimo de '*direito de guerra*'”.¹¹

⁸ Idem, p.17-18.

⁹ MIRANDA, Reinaldo Moreira de. *As origens remotas do Direito Penal Militar*. in Revista A Força Policial, IMESP, 1998, n.º 17, p. 89.

¹⁰ ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 06.

¹¹ PALMA, Rodrigo Freitas. *Direito Militar Romano*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 87.

Com singular clareza, Rodrigo Freitas Palma procura explicar a formação do direito militar, valendo-se, para tanto, das contribuições identificadas naquele período:

“A História nos ensina que os povos se dedicam às diversas formas de beligerância desde tempos imemoriais. Esta realidade inexorável acompanha invariavelmente o itinerário de todas as civilizações. Nesse ínterim, vale dizer que o processo que corroborou pela profissionalização das forças armadas somente pode ser vislumbrado na Antiguidade Clássica, mais especificamente, em meio a atenienses, espartanos e romanos. O desenvolvimento de um senso apurado da disciplina imposta às tropas se tornou crucial para os intentos daqueles que, no passado, se lançavam às armas. Destarte, o aperfeiçoamento das técnicas de guerra no decorrer dos séculos de nada valeria se os combates não estivessem absolutamente conscientes da necessidade de se obedecer a regras que os subordinavam de imediato aos seus superiores. Assim, nasce, no passado, ainda que de modo incipiente e rudimentar, um espectro real do que chamamos hodiernamente de ‘Direito Militar’, um ramo das ciências jurídicas pautado na observância rigorosa de uma florescente disciplina militar”¹².

De outro lado, já na idade moderna, os estampidos dos canhões da Revolução Francesa foram preponderantes para a criação das atuais estruturas de um Tribunal Militar.

¹² PALMA, Rodrigo Freitas. *Direito Militar Romano*. Curitiba: Juruá, 2010, p. 20.

No Brasil, a Justiça Militar contou com uma organização próxima ao modelo de Portugal. Enquanto colônia de Portugal, o Brasil seguia a legislação militar específica daquela Metrópole.

Em reminiscências históricas daquele período, Ronaldo João Roth lembra que:

“Em Portugal, a Justiça Militar constituía-se nos Conselhos de Guerra, os quais já vigoravam ao tempo das Ordenações Afonsinas – publicadas em 1446, sob o reinado de D. Afonso V, e consideradas como primeiro código europeu completo -, modelo esse que acabou vigendo no Brasil desde o seu descobrimento”¹³.

Esse autor, em conclusão, assevera que:

“(...) o modelo no Brasil da Justiça Militar era idêntico ao existente em Portugal, portanto, pode-se afirmar que, desde o descobrimento do Brasil, os crimes praticados por militares de mar e terra eram conhecidos, processados e julgados pelos superiores hierárquicos dos réus, os quais integravam os Conselhos de Guerra e as Juntas Militares, estrutura essa de Primeira Instância que consistia a Justiça Castrense”¹⁴.

¹³ Idem, p. 10.

¹⁴ Idem, p. 11.

Ao final do ano de 1807, as tropas de Napoleão Bonaparte obrigaram a coroa portuguesa a procurar abrigo no Brasil. Assim, a capital do reino de Portugal foi estabelecida na capital do Estado do Brasil, a cidade do Rio de Janeiro, registrando-se o que alguns historiadores denominam de "inversão metropolitana", ou seja, da antiga colônia passou a ser exercido o governo do império Português.

Assim, com a chegada da Corte de Dom João VI em 1808, surgiram diversas mudanças no Brasil,¹⁵ as quais também refletiram na Justiça Militar.

A exemplo de outras instituições, a Justiça Militar no Brasil também passou por profundas modificações.

A primeira, e quiçá mais importante, foi a emancipação da legislação militar brasileira, que se deu com o estabelecimento de uma legislação específica, por meio do Alvará de 1º de abril de 1808, baixado por D. João VI.

Outra importante mudança foi a criação do Supremo Conselho Militar e de Justiça. Sobre essas Cortes de Justiça, Octavio Augusto Simon de Souza consignou que:

“Em 01.04.1808, após a chegada do Príncipe regente Dom João, foi criado o Supremo Conselho Militar e de Justiça. Este foi o terceiro tribunal no Brasil (o primeiro foi o Tribunal da Relação da Bahia – então a Capital do

¹⁵ Cite-se como exemplo: a abertura dos portos às nações amigas; a fundação do primeiro Banco do Brasil; a Criação da Imprensa Régia e a permissão para publicação de jornais; a criação da Real Academia Militar; a abertura de duas escolas de medicina (Bahia e Rio de Janeiro); e a criação da Biblioteca Nacional, etc.

Brasil – em 1609; o segundo foi o Tribunal da Relação do Rio de Janeiro – a segunda Capital – em 1751). O Supremo Conselho de Justiça era competente para julgar os militares em segunda instância; o Supremo Conselho Militar costumava responder às consultas do Rei (e depois as do Imperador) sobre o Exército e a Marinha, opinando sobre requerimentos, promoções, nomeações, insígnias etc. Vê-se, assim, que, bem antes da Independência, já se tinha estabelecido que deveria existir uma jurisdição especial para os militares”.¹⁶

Em 1820, veio a lume o Código Penal Militar, que condensava a legislação penal, processual e disciplinar. Contudo, por conta da revolução que ocasionou a Independência do Brasil, em 1822, esse diploma foi revogado.

Ao contrário do que se poderia imaginar, a Independência do Brasil e a Constituição do Império do Brasil de 1824 não trouxeram qualquer disposição sobre a Justiça Militar, mantendo-se, portanto, o *status quo ante*.

A Carta Imperial, portanto, não fez menção à Justiça Militar, de sorte que havia, apenas, uma legislação penal difusa e conturbada.

A esse respeito, Ronaldo João Roth salienta que:

“A Constituição do Império do Brasil de 1824 não fez referência alguma à Justiça Militar e nem enumerou os

¹⁶ SOUZA, Octavio Augusto Simon de. *Justiça Militar – uma comparação entre os sistemas constitucionais brasileiro e norte-americano*, Juruá: Curitiba, 2008, p. 71-72.

órgãos do Poder Judiciário. Essa situação, no entanto, no plano da legislação ordinária, dava à Justiça Militar uma caráter de especialização ao julgamento das questões inerentes aos militares”.¹⁷

Com uma análise mais detalhada, Octavio Augusto Simon de Souza lembra que:

“A Constituição de 1824 não contemplou a Justiça Militar, embora houvesse algumas esparsas menções à 'Força Militar' que, de acordo com o art. 147 era, naquele tempo, 'essencialmente obediente; jamais se poderá reunir, sem que lhe seja ordenado pela Autoridade legítima', que era o Poder Executivo, encabeçado pelo Imperador e exercido pelos Ministros de Estado, que tinham a exclusiva competência para fazer uso da Força Militar para a segurança do Imperador e defesa (art. 148)”.¹⁸

Chegada a República, a Justiça Militar brasileira voltou a respirar novos ares. Isto porque a Constituição de 1891, em seu art. 77, disciplinou de maneira expressa questões envolvendo a Justiça Militar. Assim, tratou de estabelecer, como direito, o foro especial para os militares (de terra e mar), instituindo também o Supremo Tribunal Militar e os Conselhos necessários para a formação da culpa e julgamento dos crimes, consignando ainda que a organização e atribuições do Supremo Tribunal Militar seriam reguladas por lei.

¹⁷ *Justiça Militar e as peculiaridades do Juiz Militar na atuação jurisdicional*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003, p. 23.

¹⁸ *Justiça Militar – uma comparação entre os sistemas constitucionais brasileiro e norte-americano*, Juruá: Curitiba, 2008, p. 73.

Em 1895, teve gênese o Regulamento Processual Criminal Militar, o qual objetivava regular o processo penal e dar organização aos tribunais na Justiça Militar. Expedido pelo Supremo Tribunal Militar, em virtude do artigo 5º, § 3º, do Decreto n.º 149, de 18 de junho de 1893, foi ele posto em prática por meio da mesma Corte de Justiça.

Mas a República passava por períodos conturbados, repletos de rebeliões e tentativas de subverter a ordem até então jurídico-política vigente, motivando, com isso, a elaboração de uma legislação mais ampla.

Surge, então, o Código de Organização Judiciária e Processo Militar, no qual estava inserido também um Código Penal Militar (Decreto nº 14.450, de 30 de outubro de 1920). Desse diploma ficou registrada a sua preocupação em otimizar a Justiça Militar e, ainda, a preocupação em assegurar a defesa técnica, por meio de advogado, aos militares acusados.

Também não durou muito esse Código, pois logo a seguir, em 1922, foi instituído, por intermédio do Decreto n.º 15.635, de 26 de agosto de 1922, outro Código de Organização Judiciária e Processo Militar.

A insegurança jurídica ganhava um novo capítulo quando, em 1926, o Poder Executivo remodelou novamente a estrutura da Justiça Militar, à luz do Decreto n.º 17.231, de 26 de fevereiro de 1926, pelo então presidente Arthur da Silva Bernardes, a partir do qual foram criados um cargo de Ministro togado no Supremo Tribunal Militar, um de Sub-Procurador da Justiça Militar, o de Auditor Corregedor no Rio de Janeiro e um de Auditor no Rio Grande do Sul, sem prejuízo dos cargos de promotor, escrivão e oficial de justiça.

Por conta das falhas da legislação militar e, principalmente, em razão de inúmeras revoltas militares que ocorriam constantemente, o governo brasileiro se viu obrigado a tomar medidas de urgência acerca da estrutura da Justiça Militar (Decretos n.ºs 20.656, de 4 de novembro de 1931 e 21.289, de 14 de abril de 1932).

Medidas mais urgentes ainda tiveram que ser postas em prática por conta da Revolução Constitucionalista de 1932, que inclusive forçou a criação dos Tribunais de Campanha, pelos Decretos n.ºs 21.886, de 29 de setembro de 1932, e 22.043, de 3 de novembro de 1932, além de profundas modificações do Código de 1926.

Em 1934, o Brasil conheceu uma nova Constituição Federal, a qual, no entanto, manteve, em grande parte, a organização judiciária anterior (da Carta Magna de 1891), merecendo destaque a inserção da Justiça Militar como integrante do Poder Judiciário, nos termos dos artigos 63 e 64.

Logo a seguir, o Brasil passa por outro período conturbado, inclusive com a promulgação de outra Constituição Federal em 1937, a qual manteve a Justiça Militar como parte integrante do Poder Judiciário.

Nesse período, em que o governo estava nas mãos de Getúlio Vargas, foi ainda criado o Tribunal de Segurança Nacional (Lei n.º 244, de 11 de setembro de 1936), que, de início, seria um órgão com competência para os tempos de guerra, todavia, passou a exercer jurisdição também em tempos de paz, donde surgiram diversos conflitos de competência com a própria Justiça Militar, uma vez que sobreveio a Lei Constitucional n.º 7, de 30 de setembro de 1942, que

trouxe modificação na Constituição Federal então vigente, o que possibilitou que o Tribunal de Segurança Nacional pudesse processar e julgar crimes contra a segurança do Estado, ainda que em tempos de paz.

Em 1938, surgiu o Código da Justiça Militar (Decreto-lei nº 925, de 2 de dezembro de 1938), que, entretanto, não trouxe profundas mudanças.

Passada a 2ª Guerra Mundial e, no Brasil, com o fim do período que se convencionou chamar de “Estado Novo”, sobreveio, em 1946, mais uma Constituição Federal, que manteve a Justiça Militar como foro especial para os militares (artigos 106 a 108), e cujos órgãos de base passaram a ser as Auditorias Militares, alterando ainda a nomenclatura do Supremo Tribunal Militar para Superior Tribunal Militar. Vale lembrar a importante inovação nessa Carta Magna: a previsão da Justiça Militar em âmbito Estadual.

Mas o curso da história política brasileira continuava claudicante e, em 1964, o país se viu envolto por algo que acabou por afetar toda a América do Sul.

No dia 31 de março de 1964 não teve aurora na Terra de Santa Cruz. E o país se viu lançado em uma longa noite, com a democracia, os direitos e as garantias dos cidadãos trancados em porões.

A ditadura militar instalada, então, modificou toda a organização judiciária do Brasil.

Nesse contexto, diferente de outros órgãos do Poder Judiciário (e até mesmo de outros Poderes da República), a Justiça Militar teve ampliada sua

competência, sobretudo no julgamento daqueles considerados crimes contra a segurança nacional, contra o Estado Brasileiro e a ordem política e social.

Outras mudanças sobrevieram, dentre as quais merece destaque aquela oriunda do Ato Institucional n.º 2, editado durante o regime de força, segundo o qual o Superior Tribunal Militar passaria a ter competência originária para processar e julgar os Governadores de Estado que infringissem a Lei n.º 1.802, de 5 de janeiro de 1953 (Define os crimes contra o Estado e a Ordem Política e Social, e dá outras providências).

Foi justamente nessa conjuntura de negação de direitos que foram instituídos o Código Penal Militar (Decreto-lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969) e o Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei n.º 1.002, de 21 de outubro de 1969), os quais vigem até os dias atuais, ambos, confessadamente, vindos à lume para “atender a novas solicitações assim de ordem jurídica como de ordem política”, conforme estabelecido na própria Exposição de Motivos do *codex* processual.

1.2. Organização da Justiça Militar

A Justiça Castrense, como órgão do Poder Judiciário, nos termos do art. 92 da Constituição Federal de 1988, é composta pelo Superior Tribunal Militar e pelos Tribunais e Juízes Militares (CF, artigo 122), competindo processar e julgar os crimes militares definidos em lei (CF, artigo 124).

1.2.1. Justiça Militar da União

No âmbito da União, a Justiça Militar é competente para processar e

julgar os membros das Forças Armadas e também civis, nos termos da Lei n.º 8.457 de 4 de setembro de 1992.

Para efeitos de administração, em tempo de paz, o território nacional divide-se em doze Circunscrições Judiciárias Militares, consoante o disposto pelo artigo 2º desse citado dispositivo legal.

É assim composto o Superior Tribunal Militar, com sede na Capital Federal e jurisdição em todo o território nacional, com quinze ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo três dentre oficiais-generais da Marinha, quatro dentre oficiais-generais do Exército e três dentre oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e cinco dentre civis, estando sua competência disciplinada pelo artigo 6º da já citada lei.

Em primeira instância, a Justiça Militar da União é formada pelas Auditorias Militares, as quais são formadas por Conselhos de Justiça, que se dividem em duas espécies, a saber: a) Conselho Especial de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor e quatro juizes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juizes, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade; e b) Conselho Permanente de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior, que será o presidente, e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão.

A competência dos Conselhos de Justiça é delimitada pelos arts. 27 e 28 da Lei nº 8.457/92.

Ao Conselho Especial de Justiça compete processar e julgar oficiais,

exceto oficiais-generais nos delitos previstos na legislação penal militar.

Em relação ao Conselho Permanente de Justiça, cabe indicar suas atribuições: processar e julgar acusados que não sejam oficiais, ou seja, praças e civis; decretar a prisão preventiva de acusado, revogá-la ou restabelecê-la; conceder menagem e liberdade provisória, bem como revogá-las; decretar medidas preventivas e assecuratórias, nos processos pendentes de seu julgamento; declarar a inimputabilidade de acusado nos termos da lei penal militar, quando constatada aquela condição no curso do processo, mediante exame pericial; decidir as questões de direito ou de fato suscitadas durante instrução criminal ou julgamento; ouvir o representante do Ministério Público sobre as questões suscitadas durante as sessões; conceder a suspensão condicional da pena, nos termos da lei; e, por fim, praticar os demais atos que lhe forem atribuídos em lei.

Em tempo de guerra são órgãos da Justiça Militar da União junto às forças em operações os Conselhos Superiores de Justiça Militar, os Conselhos de Justiça Militar e os Juizes-Auditores. Segundo o artigo 90 da Lei n.º 8.457/92, compete a esses órgãos o processo e o julgamento dos crimes praticados nos chamados “teatros de operações militares”¹⁹ ou em território estrangeiro, militarmente ocupados por forças brasileiras, ressalvado o disposto em tratados e convenções internacionais.

O Conselho Superior de Justiça Militar atua como órgão de segunda instância e é formado por dois oficiais-generais, de carreira ou reserva

¹⁹ Segundo Gualterberg Nogueira de Lima Silva, “teatro de operações militares” é a região onde ocorrem os empregos tático e estratégico de equipamento e pessoal militar. *Do processo penal na Justiça Militar em tempo de guerra in Direito Militar - Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais*, 2003, n.º 41, p. 31.

convocado, e um Juiz-Auditor, todos nomeados pelo Presidente da República. Sua competência abrange processar e julgar originariamente os oficiais-generais; julgar as apelações interpostas das sentenças proferidas pelos Conselhos de Justiça e Juízes-Audidores; e julgar os embargos opostos às decisões proferidas nos processos de sua competência originária.

Os Conselhos de Justiça Militar, por sua vez, compõem-se de um Juiz-Auditor ou Juiz-Auditor Substituto e dois oficiais de posto superior ou igual ao do acusado, observado, na última hipótese, o princípio da antiguidade de posto, sendo competente para o julgamento dos oficiais até o posto de coronel, inclusive, cabendo-lhe, ainda, decidir sobre o arquivamento de inquérito e instauração de processo, nos casos de violência praticada contra inferior para compeli-lo ao cumprimento do dever legal ou em repulsa à agressão.

Já as Auditorias Militares funcionarão nos teatros de operações, sendo formada de um Juiz-Auditor, um Procurador, um Defensor Público, um Secretário e auxiliares necessários, podendo as duas últimas funções ser exercidas por praças graduadas, com competência para os processos em que forem réus praças, civis ou oficiais até o posto de capitão-de-mar-e-guerra ou coronel, inclusive, e, ainda, julgar as praças e os civis.

Nesse contexto, importa salientar que o Código Penal Militar, em seu artigo 10, classifica aqueles que são considerados crimes militares em tempos de guerra, destacando a condição de que crimes previstos no Código Penal e em legislação extravagante terão o *status* de infrações militares e passíveis de julgamento, portanto, desde que praticadas dentro das condições previstas no dispositivo pela Justiça Militar.

1.2.2. Justiça Militar dos Estados

No que tange às unidades da Federação, a Constituição Federal normatiza em seu artigo 125 que os Estados organizarão suas respectivas Justiças Militares, observados os princípios estabelecidos na Constituição, consignando ainda em seu § 3º que a lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar Estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juízes de direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

Mais adiante, o § 4º do artigo 125, com redação dada pela Emenda Constitucional n.º 45, dispõe que compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados (policiais militares e bombeiros), 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.

Outrossim, com a redação dada pela mencionada Emenda n.º 45, o § 5º, desse dispositivo legal regula que 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 de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

Assim, nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, a Justiça Militar possui primeira e segunda instâncias. A primeira instância é

formada pelas Auditorias Militares, enquanto a segunda é constituída pelo Tribunal de Justiça Militar.

Nos outros Estados da Federação, a Justiça Militar é composta pelas Auditorias Militares, sendo que os Tribunais de Justiça são órgãos de segunda instância da Justiça Castrense.

Finalmente, cumpre destacar que após a Emenda Constitucional n.º 45 a nomenclatura do juiz togado na Justiça Militar Estadual deixou de ser “Juiz-Auditor” e passou a ser “Juiz de Direito”, passando também a presidência dos trabalhos ao juiz de carreira quando antes cabia ao militar de maior patente, peculiaridade mantida na Justiça Militar da União.

1.2.3. Conselhos de Justiça

No âmbito da Justiça Militar da União, como já dito, compete aos Conselhos Especiais de Justiça processar e julgar os oficiais, exceto oficiais-generais, nos delitos previstos na legislação penal militar, a teor do previsto no artigo 27 da Lei n.º 8.457/92.

Já na Justiça Militar Estadual compete aos Conselhos Especiais de Justiça processar e julgar os oficiais das Polícias Militares e do Corpo de Bombeiros, até o posto de coronel, em razão da prática de crime militar.

Em orbe da União, aos Conselhos Permanentes de Justiça compete processar e julgar acusados que não sejam oficiais, nos delitos previstos na legislação penal militar, conforme o previsto no artigo 27 da Lei n.º 8.457/92.

Nos Estados, aos Conselhos Permanentes de Justiça compete julgar integrantes das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros.

Em síntese, este capítulo traz noções acerca da composição da Justiça Militar no Brasil, com indicação de marcos históricos ligados ao seu desenvolvimento, a fim de se compreender a dinâmica de atuação de seus órgãos no contexto da atual realidade.

2. Direito Penal Militar

2.1. Do crime militar

Impossível o estudo da competência em matéria processual penal militar sem se atentar à legislação substantiva, porquanto prevê este *codex*, apesar de estranhamente, parâmetros objetivos para sua fixação (cf. art. 9º e art. 10 do Código Penal Militar).

Crime militar, sob o aspecto formal, é toda e qualquer violação registrada pela lei penal militar a que se impõe uma pena. Sob o aspecto material, contudo, é a conduta que afronta o bem jurídico tutelado pelo Código Penal Militar de uma maneira tal que seja necessário o uso da norma especial para censurá-la.

Conquanto possa parecer lacônico tal conceito, cumpre esclarecer que não há no Código Penal Militar uma definição legal acerca de crime militar, havendo tão somente fatos típicos caracterizados como ilícitos, donde se depreende que o legislador adotou o critério *ratione legis* para definição de crime militar.

José da Silva Loureiro Neto chama atenção para a falta de critério científico para a definição de crime militar quando afirma que “A classificação do crime militar não tem obedecido critério uniforme, variando através dos tempos de acordo com a legislação de cada país”.²⁰

²⁰ *Direito Penal Militar*. São Paulo: Atlas, 1993, p. 32.

Esse mesmo autor ainda aduz:

“A definição pura do crime militar, crime que por militar pode ser praticado, depois de Esmeraldino Bandeira, que admitiu a concepção dos crimes própria e impropriamente militares, tornou-se letra morta, e os chamados crime impropriamente militares criaram na mentalidade dos legisladores da época uma fonte interminável de conceituações de tais crimes, que a definição de crime militar passou a ser esta: 'crime militar é todo aquele que a lei assim o reconhece'. Embora especificamente não o seja, o legislador assim o entendeu e dessa forma tem que ser apreciado”.²¹

Ainda a ilustrar o que aqui é exposto, tem-se a posição de Célio Lobão:

“Como não poderia de acontecer, o Código Penal Militar em vigor, seguindo o de 1944, e em obediência ao mandamento constitucional da época, que continua inalterado na atual Lei Maior (art. 124: 'crimes militares definidos em lei'), adotou o critério *ratione legis*, ou critério objetivo, na classificação do crime militar, sem, no entanto, dispensar outros critérios que, subordinados ao *ratione legis*, constituem elementos de caracterização do tipo penal impropriamente militar com definição idêntica no Código Penal Militar e no comum”.²²

Essa assertiva se mostra mais correta quando se atenta ao art. 124 da

²¹ Idem, p. 33.

²² *Direito Penal Militar*, 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 57.

Constituição Federal, que ao fixar a competência da Justiça Militar, coloca que a mesma é competente para processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Difere o crime comum do militar em razão do bem jurídico tutelado, haja vista que presente um *plus* na proteção prevista no Código Penal Militar, ainda que indiretamente, com as instituições militares, o que justificaria a pena diferenciada de crimes previstos tanto na legislação comum como na especial.

Nesse sentido são as considerações de Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streinfinger acerca do conceito do “*bem jurídico penal militar*”,²³ enxergando, como dito, espécie de “crime lesa-majestade” em toda e qualquer infração.

No que diz respeito ao assunto, manifesta-se Hélio Lobo:

“Ao crime comum se opõe, conforme a lição clássica, o crime militar. Um regula-o, a lei comum; outro, a lei de exceção. Para aquelê, o direito do paisano; para êste, o direito do soldado. O primeiro tem sua repressão empreendida pelo código penal ordinário, é o homicídio, o ferimento, o furto. O segundo recebe uma codificação à parte, é o homicídio praticado por soldado, a deserção, o abandono de posto”.²⁴

Portanto, pode-se gravar que o crime militar possui uma gama de bens

²³ *Apontamentos de direito penal militar*. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. I, p. 17.

²⁴ *Sabres e togas: a autonomia judicante militar*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lorusi, 1960, p. 62.

jurídicos maior do que os crimes comuns, uma vez que traz ínsito a defesa da instituição e de seus pilares.

2.2. Crime propriamente militar

No que toca às diferenças entre os crimes propriamente e impropriamente militares, conquanto boa parte da doutrina aponte a desnecessidade da distinção, fato é que a própria Constituição Federal (art. 5º, inciso LXI), o Código Penal Militar (art. 64, inciso II) e o Código de Processo Penal Militar (art. 614, inciso III) apontam, ainda que modo indireto, diferença no tratamento entre um e outro.

Melhor explicando, em regra e em linhas gerais, crime propriamente militar é aquele que não encontra correspondente na legislação penal comum (p. ex.: deserção, oposição à ordem de sentinela, conspiração etc.).

A esse respeito, pondera Esmeraldino Olímpio Torres Bandeira:

“Entre nós é usual e corrente a divisão de taes crimes em – propria ou puramente militares; e em impropria ou accidentalmente militares. Os primeiros suppõem, a um tempo, a qualidade militar no acto e character militar do agente. São os crimes conforme o ensinamento de certa doutrina, constituem um residuo de infracções irreductiveis ao direito commum. Os segundos são crime intrinsecamente communs, mas que se tornam militares já pelo carácter militar do agente, já pela natureza militar do local, já pela anormalidade da época ou do tempo em que

são cometidos”.²⁵

É justamente sobre o agente do delito que Célio Lobão faz sua distinção entre crime militar próprio e impróprio ao comentar que:

“(…) em face do direito positivo brasileiro, o crime militar é a infração penal prevista na lei penal militar que lesiona bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições legais, ao seu funcionamento, à sua própria existência, no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar e ao serviço militar. As ofensas definidas na lei repressiva castrense que dizem respeito à destinação constitucional, às atribuições legais das instituições militares, à autoridade militar, ao serviço militar, têm, como agentes, tanto o civil como o militar, enquanto as que atingem a disciplina e a hierarquia têm como destinatário somente o Militar”.²⁶

2.3. Crime impropriamente militar

Se o crime propriamente militar é aquele previsto unicamente na legislação penal castrense, poder-se-ia então afirmar que crime impropriamente militar é aquele previsto em ambos os estatutos repressivos (p. ex.: homicídio, concussão, peculato etc.).

²⁵ BANDEIRA, Esmeraldino Olímpio Torres. *Direito, justiça e processo militar*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1919, vol. IV, p. 19-20.

²⁶ *Direito Processual Penal Militar*, 2ª ed., Brasília: Brasilia Jurídica, 2004, p. 50.

Essa definição, entretanto, não é completa.

Ramagem Badaró esclarece que “vale anotar que, crimes comuns há, afetando a organização, a ordem, a finalidade das instituições militares, passam a subsistir como crimes militares. Daí serem denominados de crimes impropriamente militares. Por isso que a lei ordinária define não só os crimes militares propriamente ditos, como tipifica os delitos comuns que, sob certas circunstâncias ou condições, tomam a característica de crimes militares, impróprios. Tal acontece porque os crimes propriamente militares só podem ser praticados por militares, sem cuja qualidade do sujeito do delito, o fato criminal perde a condição de crime propriamente militar inclusive para que a figura delituosa se verifique e realize”.²⁷

Segundo Célio Lobão,

“o Código Penal Militar distingue três espécies de crime impropriamente militares: os previstos exclusivamente no diploma repressivo castrense; os definidos de forma diversa na lei penal comum; os com igual definição no Código Penal Militar e no Código Penal”²⁸.

2.4. Crime militar de tipificação direta

Por crimes militares de tipificação direta pode-se entender como aqueles que ou não estão previstos ou estão previstos de forma diversa pela lei penal comum, como, por exemplo, a deserção (CPM, art. 187) ou a insubmissão (CPM, art. 183) sendo que para este último, embora praticado por civil, somente

²⁷ *Comentários ao Código Penal Militar de 1969*. São Paulo: Juriscredi, 1972, p. 52.

²⁸ *Direito Processual Penal Militar*. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 92.

está previsto na lei penal castrense.

Essa é a inteligência do art. 9º, inciso I, do Código Penal Militar, o qual disciplina que se consideram crimes militares em tempos de paz os crimes de que trata o Código Penal Militar, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela não previsto qualquer que seja o agente, salvo disposição especial.

Ao comentar sobre o crime militar de tipificação direta, Renato Brasileiro de Lima observa que “para o juízo de tipicidade de tais delitos, basta a descrição típica da parte especial do Código Penal Militar, na medida em que o inciso I do artigo 9º não contém qualquer circunstância que possa ser constitutiva de um tipo penal”.²⁹

Esse mesmo autor ainda afirma que não se pode confundir o conceito de crime militar próprio com o conceito de crime militar de tipificação direta, pois “crime próprio é aquele que só pode ser praticado por militar. Já os crimes militares de tipificação direta podem ser praticados tanto por militar quanto por civil”.³⁰

2.5. Crime militar de tipificação indireta

Os crimes militares de tipificação indireta são aqueles que estão previstos tanto no Código Penal Comum como no Código Penal Militar, contudo, para um correto juízo de tipicidade faz-se necessária a conjugação do tipo previsto na parte especial com as disposições do artigo 9º, incisos II e III, do Código Penal

²⁹ *Competência Criminal*. Salvador: Juspodivm, 2010, p. 138.

³⁰ *Idem*, p. 139.

Militar.

2.6. Dos crimes militares em tempos de paz

Os crimes militares em tempos de paz vêm definidos pelo artigo 9º do Código Penal Militar, e, por sua importância, necessário citá-lo:

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

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

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

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

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

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil;

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

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado,

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

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

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

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

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

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

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986. (Redação dada pela Lei nº 12.432, de 2011)”.

O Livro I da Parte Especial do Código Penal Militar traz o rol dos chamados crimes militares em tempos de paz, englobando-se, assim, os crimes definidos nos artigos 136 a 354 desse Estatuto repressor.

2.7. Dos crimes militares em tempo de guerra

O Código Penal Militar, em seu artigo 10, classifica aqueles que são considerados crimes militares em tempos de guerra, destacando a condição de que crimes previstos no Código Penal e em legislação extravagante terão o *status* de infrações militares e passíveis de julgamento, desde que praticadas dentro das condições previstas no dispositivo pela Justiça Militar:

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

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

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

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

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

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

IV - os crimes definidos na lei penal comum ou especial,

embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado”.

Os crimes militares em tempos de guerra são tipificados no Livro II da Parte Especial do Código Penal, inseridos entre os artigos 355 a 408 do *codex*.

3. Direito Processual Penal Militar

3.1. Dos princípios da territorialidade e extraterritorialidade

Os princípios da territorialidade e extraterritorialidade estão vinculados à soberania do país e tratam da aplicação da lei processual no espaço.

Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery entendem que a soberania representa “o poder político supremo (não há limitação a ele na ordem interna) e independente (não obedece a ordens de governo ou organismo estrangeiro) do Estado”.³¹

De igual teor, a doutrina de Marcelo Caetano, para quem soberania é “um poder político supremo e independente, entendendo-se por poder supremo aquele que não está limitado por nenhum outro na ordem interna e por poder independente aquele que, na sociedade internacional, não tem de acatar regras que não sejam voluntariamente aceitas e está em pé de igualdade com os poderes supremos dos outros povos”.³²

A partir desse conceito, Guilherme de Souza Nucci coloca que “o direito

³¹ *Constituição Federal Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 117.

³² *Direito Constitucional*. 2ª. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987, vol. 1, p.169.

alienígena é composto pela vontade de outro povo, razão pela qual os magistrados, em nosso país, não cumprem e não devem, de fato, seguir legislação que não seja fruto do exclusivo desejo da nação brasileira”.³³

Nesse passo, o artigo 4º do Código de Processo Penal Militar traz as disposições sobre o alcance da lei adjetiva castrense em duas hipóteses distintas, ou seja, em tempo de paz e em tempo de guerra, além de tratar das ressalvas decorrentes de convenções, tratados e regras de direito internacional.

Desse modo, em tempo de paz, o Código de Processo Penal Militar é aplicado em todo o território nacional; fora do território nacional ou em lugar de extraterritorialidade brasileira, quando se tratar de crime que atente contra as instituições militares ou a segurança nacional, ainda que seja o agente processado ou tenha sido julgado pela justiça estrangeira; fora do território nacional, em zona ou lugar sob a administração ou vigilância da força militar brasileira, ou em ligação com esta, de força militar estrangeira no cumprimento de missão de caráter internacional ou extraterritorial; a bordo de navios, ou quaisquer outras embarcações, e de aeronaves, onde quer que se encontrem, ainda que de propriedade privada, desde que estejam sob o comando militar ou militarmente utilizados ou ocupados por ordem de autoridade militar competente; e a bordo de aeronaves e navios estrangeiros desde que em lugar sujeito à administração militar, e a infração atente contra as instituições militares ou a segurança nacional.

Em se tratando de tempo de guerra, a lei processual militar é aplicada – bem verdade que com composição distinta de quando em tempo de paz – , além dos mesmos casos previstos para o tempo de paz, também em zona, espaço ou

³³ *Código de Processo Penal Militar Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 37.

lugar onde se realizem operações de força militar brasileira, ou estrangeira que lhe seja aliada, ou cuja defesa, proteção ou vigilância interesse à segurança nacional, ou ao bom êxito daquelas operações, e em território estrangeiro militarmente ocupado.

Com efeito, importa assinalar que não há exata similitude entre as leis processual e penal militar, uma vez que, da análise do referido artigo 4º do Código de Processo Penal Militar e o artigo 7º do Código Penal Militar, vislumbra-se que uma não acompanha a outra, porquanto aquele dispositivo traz hipóteses não previstas por este ao prever a aplicação da lei processual fora do território nacional ou em lugar de extraterritorialidade brasileira, quando se tratar de crime que atente contra as instituições militares ou a segurança nacional, ainda que seja o agente processado ou tenha sido julgado pela justiça estrangeira ou fora do território nacional, em zona ou lugar sob a administração ou vigilância da força militar brasileira, ou em ligação com esta, de força militar estrangeira no cumprimento de missão de caráter internacional ou extraterritorial.

A esse respeito, Guilherme de Souza Nucci pondera que

“inexiste exata correspondência, pois o art. 4º, I, “b” e “c”, deste Código, apontam hipóteses diversas (...). Em suma, não há cabimento em se aplicar a lei processual penal militar brasileira a situações que não guardam correspondência com a lei penal (...), o mínimo que se poderia esperar é a perfeita harmonia entre eles”.³⁴

³⁴ Ob. cit., p. 37.

Outro ponto que merece destaque é que, atualmente, nos termos do artigo 109, inciso IV, da Constituição Federal, a competência para processar e julgar os crimes contra a segurança nacional é da Justiça Federal.³⁵

Como assinalado no *caput* do artigo 4º do Código de Processo Penal Militar, o princípio da territorialidade encontra exceção em convenções, tratados e regras de direito internacional, desde que, no entanto, tais normas não estejam em discordância com a Constituição Federal.

Uma dessas ressalvas, por exemplo, é o Tribunal Penal Internacional, introduzido no ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto n.º 4.388, de 25 de setembro de 2002 (Estatuto de Roma) e em sede constitucional por meio da Emenda n.º 45, a qual inseriu o § 4º ao artigo 5º da Constituição Federal.

Como é cediço, o Tribunal Penal Internacional exerce “jurisdição internacional complementar” às jurisdições nacionais sobre os crimes mais graves contra a humanidade, como genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra e crime de agressão.

Impõe-se rememorar, no ponto, as palavras de Guilherme de Souza Nucci no sentido de que “apesar de um delito ser cometido no território nacional,

³⁵ Aqui se faz oportuno lembrar que a Código de Processo Penal Militar data de 21 de outubro de 1969 (Decreto-lei n.º 1.002/69), ou seja, teve gênese no período mais duro da ditadura militar, inclusive quando já vigorava o Ato Institucional n.º 5. Nesse quadro da história, a chamada Lei de Segurança Nacional (Decreto-lei n.º 314, de 13 de Março de 1967) dispunha em seus artigos 44 e 45 *in verbis* que: “Art. 44. Ficam sujeitos ao fôro militar, tanto os militares como os civis, na forma do art. 122, §§ 1º e 2º, da Constituição promulgada em 24 de janeiro de 1967, quanto ao processo e julgamento dos crimes definidos neste Decreto-lei, assim como os perpetrados contra as instituições militares.

Parágrafo único. Instituições militares são as Forças Armadas, constituídas pela Marinha de Guerra, Exército e Aeronáutica Militar e estruturadas em Ministérios e altos órgãos militares de administração, planejamento e comando”; “Art. 45. O fôro especial, estabelecido neste Decreto-lei, prevalecerá sobre qualquer outro, ainda que os crimes tenham sido cometidos por meio da imprensa, radiodifusão ou televisão”.

havendo interesse do Tribunal Penal Internacional, podemos entregar o agente à jurisdição estrangeira (exceto quando se tratar de brasileiro nato, pois o próprio art. 5º, inciso LI, o veda, constituindo norma específica em relação ao § 4º)”³⁶.

3.2. Jurisdição

3.2.1. Introdução

Os conflitos de interesses, desde os tempos primitivos, eram solucionados pela lei do mais forte, a chamada autotutela, ou ainda autodefesa, onde cada qual fazia valer sua própria força, a força bruta.

Com o uso da força bruta, a vitória do mais forte era garantida. O sucumbido, ignorado. Ignorava-se, também, o sentimento de justiça, ante a inexistência de um julgamento imparcial. É o panorama social das sociedades antigas, destituídas das atuais garantias indispensáveis ao convívio social pacífico.

Noutros tempos até mesmo a igreja assumiu a dianteira na composição das lides.

Na modernidade, ao contrário, com a noção diferenciada de Estado, e, sobretudo, o Estado de Direito, surgiu a ideia de pacto social, como anotado alhures, o qual supõe um processo que garante a segurança do indivíduo ao privilegiar a comunidade. Daí, a configuração de uma sociedade política, regida

³⁶ Ob. cit., p. 37.

por leis e fundada num acordo universal e invariável, que beneficia a todos igualmente, organizada com base em deveres mútuos a privilegiar a vontade coletiva.

O reconhecimento da legalidade e a consolidação do Estado de Direito, como sabido, mitigaram a autotutela, reservando-a para situações excepcionais.

Pois bem. É nesse contexto que a tarefa de solucionar conflitos passa a ser função monopolizada pelo Estado.

A propósito, é o que assinala Humberto Dalla Bernardina de Pinho:

“Assim, à medida que o Estado, vedando a justiça privada, retira do indivíduo a possibilidade de buscar por suas próprias forças a resolução dos conflitos, assume, em contrapartida, o poder-dever de solucioná-los com justiça, uma vez que a perpetuação de pretensões insatisfeitas e controvérsias pendentes de resolução constituiria fonte de intensa perturbação da paz social”³⁷.

Aliás, no tocante ao Estado, importa lembrar que a noção de divisão de suas funções foi apresentada na antiguidade por Aristóteles, na obra *Política*, nos seguintes termos:

“Há em todo o governo três partes nas quais o legislador sábio deve consultar o interesse e a conveniência particulares. Quando elas são bem constituídas, o governo

³⁷ PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo – Teoria Geral do Processo*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012, p.45.

é forçosamente bom (...) Uma dessas três partes está encarregada de deliberar sobre os negócios públicos; a segunda é a que exerce as magistraturas – e aqui é preciso determinar quais são as que se devem criar, qual deve ser a sua autoridade especial, como se devem eleger os magistrados. A terceira é a que administra a justiça.”³⁸

É também o que sustenta Pedro Lenza:

“As primeiras bases teóricas para a ‘tripartição de Poderes’ foram lançadas na Antiguidade grega por Aristóteles, em sua obra *Política*, em que o pensador vislumbrava a existência de três funções distintas exercidas pelo poder soberano, quais sejam, a função de editar normas gerais a serem observadas por todos, a de aplicar as referidas normas ao caso concreto (administrando) e a função de julgamento, dirimindo os conflitos oriundos da execução das normas gerais nos casos concretos”.³⁹

Por ocasião do Iluminismo, Charles Secondat de La Brede, conhecido como barão de Montesquieu (1689-1755), retoma a noção de divisão de funções estatais e amplia a abordagem sob a orientação da racionalidade moderna, tudo com vista à salvaguarda da liberdade individual. Aliás, a liberdade é também objeto de preocupação de Karl Loewenstein: “la libertad es el telos ideológico de la teoría de la separación de poderes”.⁴⁰

³⁸ Aristóteles. *Política*, Tradução de Nestor Silveira Chaves, Escala: São Paulo, p. 192.

³⁹ LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014, p. 543.

⁴⁰ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976, p. 55.

Para Montesquieu, a repartição de funções estatais tende, sobretudo, a aniquilar a figura do abuso de poder.

Aqui, vale registrar a observação de Eugenio Raúl Zaffaroni:

“(...) as palavras de Montesquieu são muito mais claras se forem consideradas como provindas de um sociólogo e não como texto dogmático, porque parte ele do reconhecimento de um fenômeno humano que não pode ser esquecido na medida em que se conserve um mínimo de contacto com a realidade: todo poder induz ao abuso. (...) Entendendo Montesquieu sociológica e politicamente – e não jurídica ou formalmente – não resta dúvida de que ele quer significar que o poder deve estar distribuído entre órgãos ou corpos, com capacidade de regerem-se de forma autônoma com relação a outros órgãos ou corpos, de modo que se elida a tendência ‘natural’ ao abuso”⁴¹.

Assenta-se, com isso, a tripartição das funções do Estado, com esteio na independência, harmonia e especialidade da atividade estatal, atribuindo-se ao Poder Judiciário a tarefa de julgar as demandas sociais com imparcialidade.

Emerge, destarte, o poder-dever de o Estado resolver o conflito à luz do caso concreto. Numa só expressão: jurisdição.

⁴¹ *Poder judiciário – crises, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 81-83.

3.2.2. Conceito

A jurisdição, como atividade tipicamente exercida pelo Poder Judiciário, traça os limites da soberania do Estado, dando-se concretude ao ordenamento jurídico vigente.

Jurisdição é na acepção de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco “uma das funções do Estado, mediante a qual este se substitui aos titulares dos interesses em conflito para, imparcialmente, buscar a pacificação do conflito que os envolve, com justiça”.⁴²

José Frederico Marques, por sua vez, ensina que a jurisdição é “a função exercida pelo Estado para compor processualmente conflitos litigiosos, dando a cada um o que é seu segundo o direito objetivo”.⁴³

Pois bem. Tendo em vista a noção acerca do conceito de jurisdição, importa discorrer sobre as suas características.

3.2.3. Características

A jurisdição, como é sabido, tem como características a inércia, a inevitabilidade, a definitividade, a indeclinabilidade, a unidade, o caráter secundário e a imparcialidade.

Como o Estado é um terceiro desinteressado, a atividade jurisdicional é inerte, ou seja, é a insatisfação de alguém levada ao Poder Judiciário que dá

⁴² *Teoria Geral do Processo*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 129.

⁴³ *Manual de Direito Processual Civil*. 9ª ed., atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, Campinas: Millennium, 2003, vol. 1, p. 97.

início à prestação jurisdicional, de modo que “o processo se origina por iniciativa da parte (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*)”.⁴⁴

Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco colocam que “o exercício espontâneo da atividade jurisdicional acabaria sendo contraproducente, pois a finalidade que informa toda a atividade jurídica do Estado é a pacificação social e isso viria em muitos casos a fomentar conflitos e discórdias, lançando desavenças onde elas não existiam antes”.⁴⁵

Humberto Theodoro Junior, por arremate, reconhecesse que “o órgão jurisdicional é, na verdade, convocado para remover a incerteza ou a reparar a transgressão, mediante um juízo que se preste a reafirmar e restabelecer o império do direito, quer declarando qual seja a regra no caso concreto, quer aplicando as ulteriores medidas de reparação ou de sanção previstas pelo direito”.⁴⁶

Quanto à inevitabilidade da jurisdição, há uma relação de autoridade e sujeição em que, conforme a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco, “o poder estatal não é exercido na medida em que o desejem ou aceitem os particulares, mas segundo os desígnios e decisões do próprio Estado, expressos pelos agentes regularmente investidos”.⁴⁷

No que tange à definitividade da jurisdição, tem-se que tal característica repousa na imunização dos efeitos dos atos judiciais, consagrados no dogma da

⁴⁴ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil Comentado*. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais. 2003, p. 327.

⁴⁵ Ob. cit., p. 132.

⁴⁶ Ob. cit., p. 32.

⁴⁷ *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, vol. I, p. 312.

coisa julgada (CF, art. 5º, XXXVI).

Nesse sentido, Cândido Rangel Dinamarco expõe que “a própria Constituição Federal a assegura, primeiramente como afirmação do poder estatal, não admitindo que os atos de exercício de um poder que é soberano por natureza possam ser depois questionados por quem quer que seja”.⁴⁸

A indeclinabilidade da jurisdição está assegurada no artigo 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal, sob a rubrica de que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito, o que contém, implicitamente, o princípio da inafastabilidade da tutela jurisdicional. A esse respeito, Humberto Theodoro Junior adverte que “o órgão constitucionalmente investido no poder de jurisdição tem a obrigação de prestar a tutela jurisdicional e não a simples faculdade. Não pode se recusar a ela, quando legitimamente provocado, nem pode delegar a outros órgãos o seu exercício”.⁴⁹

A unidade da jurisdição repousa nas ideias de soberania e independência dos poderes estatais.

Moacyr Amaral Santos ensina que “as atividades jurisdicionais não diversificam porque o conflito a compor-se é de natureza penal, civil, trabalhista, eleitoral. Nesse sentido, diz-se que a função jurisdicional é uma, sempre idêntica”.⁵⁰

Há, porém, ponderações doutrinárias sobre a divisão da jurisdição em espécies, ou seja, jurisdição civil, penal e especial, esta última englobando a

⁴⁸ Idem, p. 314.

⁴⁹ Ob. cit. p. 34.

⁵⁰ *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 26ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009, vol. I, p. 73.

eleitoral, a trabalhista e a militar.

Contudo, como esclarecido por Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco,

“a jurisdição, como expressão do poder estatal soberano, a rigor não comporta divisões, pois falar em diversas jurisdições num mesmo Estado significaria afirmar a existência, aí, de uma pluralidade de soberanias, o que não faria sentido (...) A doutrina, porém, embora fazendo tais ressalvas, costuma falar em espécies de jurisdição, como se esta comportasse classificação em categorias”.⁵¹

No mesmo sentido, Moacyr Amaral Santos assinala que “por motivos de ordem prática, resultantes do princípio da divisão do trabalho, costuma-se distinguir as atividades jurisdicionais segundo vários critérios. Fala-se a esse respeito em espécies de jurisdição”.⁵²

Esse também é o entendimento de José Frederico Marques, para quem “razões de ordem prática obrigam o Estado a distribuir o poder de julgar, entre vários juízes e tribunais, visto não ser possível que um só órgão judiciário conheça de todos os litígios e decida todas as causas”.⁵³

Ao tecer comentários sobre a unidade da jurisdição e a pluralidade dos órgãos que a exercem, Cândido Rangel Dinamarco observa que

⁵¹ Ob. cit., p. 140.

⁵² Ob. cit., p. 74.

⁵³ MARQUES, José Frederico. *Da Competência em Matéria Penal*. Campinas: Millennium, 2000. p. 39.

“a unidade da jurisdição permite compreender que todos os juízes do país são investidos desse poder, o qual é o mesmo apesar da distribuição de tarefas e atribuições, não falecendo jurisdição ao juiz incompetente e jamais se considerando inexistente o ato realizado sem competência para realizá-lo”.⁵⁴

Assim, correto seria falar em divisão de matérias e de competência, por uma questão de estrutura judiciária, razões político federativas e política de técnica de especialização dos órgãos judiciários (em razão dos órgãos do Poder Judiciário), mas não em espécies de jurisdição.

Acerca do caráter secundário da jurisdição, tem-se que o Estado assume o papel de substituir a vontade das partes envolvidas no conflito.

É precisamente o que define Humberto Theodoro Junior quando coloca que se trata de atividade secundária “porque, através dela, o Estado realiza coativamente uma atividade que deveria ter sido primariamente exercida, de maneira pacífica e espontânea, pelos próprios sujeitos da relação jurídica submetida à decisão”.⁵⁵

Quanto à imparcialidade da jurisdição, impende esclarecer que é característica decorrente do princípio do juiz natural. E tamanha a preocupação com a imparcialidade que as normas adjetivas, de forma geral, trazem disposições sobre impedimento e suspeição dos órgãos judicantes.

Cândido Rangel Dinamarco considera que

⁵⁴ Ob. cit. p. 413.

⁵⁵ Ob. cit., p. 32.

“seria absolutamente ilegítimo e repugnante o Estado chamar a si a atribuição de solucionar conflitos, exercendo o poder, mas permitir que seus agentes o fizessem movidos por sentimentos ou interesses próprios, sem o indispensável compromisso com a lei e os valores que ela consubstancia – especialmente com o valor do justo”.⁵⁶

Na visão de Humberto Theodoro Junior, é “a jurisdição, atividade desinteressada do conflito, visto que põe em prática vontades concretas da lei que não se dirigem ao órgão jurisdicional, mas aos sujeitos da relação jurídica substancial deduzida em juízo”.⁵⁷

3.2.4. Espécies

Fala-se ainda em espécies de jurisdição, como, por exemplo, jurisdição contenciosa e voluntária (administrativa ou graciosa), onde aquela se distingue pela existência do conflito de interesse (lide) e esta caracterizada pela intervenção administrativa nos interesses privados das pessoas.

Existem, ademais, aqueles que distinguem entre jurisdição superior e inferior. Trata-se de uma análise da jurisdição sob o ângulo do duplo grau de jurisdição, abordando-se a temática das competências originária e recursal.

3.2.5. O processo como instrumento da jurisdição

Não se poderia deixar de falar sobre o instrumento utilizado pelo Estado para exercer a prestação jurisdicional e, assim, alcançar a composição do

⁵⁶ Ob. cit., p. 200-201.

⁵⁷ Ob. cit., p. 32.

conflito.

Cuida-se do processo, aqui considerado como ente complexo que reúne a relação jurídica processual e o procedimento judicial, e que, na visão de Moacyr Amaral Santos, consiste no “complexo de atos coordenados tendentes à atuação da vontade da lei às lides ocorrentes, por meio dos órgãos jurisdicionais”.⁵⁸

Humberto Theodoro Junior expõe que

“para cumprir essa tarefa (jurisdição), o Estado utiliza de método próprio, que é o processo, que recebe denominação de civil, penal, trabalhista, administrativo etc., conforme o ramo do direito material perante o qual se instaurou o conflito de interesses. Para regular esse método de composição dos litígios, cria o Estado normas jurídicas que formam o direito processual, também denominado formal ou instrumental, por servir de forma ou instrumento de atuação da vontade concreta das leis de direito material ou substancial, que há de solucionar o conflito de interesses estabelecido entre as partes, sob a forma da lide”.⁵⁹

O processo é norteado por princípios que têm gênese na Constituição Federal, como, por exemplo, ampla defesa, contraditório, imparcialidade, juiz natural, inafastabilidade do controle jurisdicional, duplo grau de jurisdição, publicidade dos atos processuais, motivação das decisões judiciais, proibição de prova ilícita, duração razoável do processo, entre outros, que estão inseridos no contexto do *due process of law*.

⁵⁸ Ob. cit., p. 13.

⁵⁹ Ob. cit., p. 5-6.

Assim, o devido processo legal assegura a todos a garantia do direito ao procedimento processual consoante a construção legislativa em consonância com as diretrizes dos princípios constitucionais.

Vale destacar, a propósito, a constatação de Edras dos Santos Carvalho, no sentido de que

“infelizmente, ainda hoje, vê-se, na doutrina e na jurisprudência, algumas afirmações no sentido de imprimir ao atendimento do devido processo legal o cumprimento puro e simples das formalidades estabelecidas na lei, como se fosse efetivo implemento do princípio do devido processo legal previsto na Lei Maior”.⁶⁰

Na mesma linha de pensamento, Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco ponderam que

“todo o direito processual, como ramo do direito público, tem suas linhas fundamentais traçadas pelo direito constitucional, que fixa a estrutura dos órgãos judiciais, que garante a distribuição da justiça, e a declaração do direito objetivo, que estabelece alguns princípios processuais; e o direito processual penal chega a ser apontado como direito constitucional aplicado às relações entre autoridade e liberdade”.⁶¹

⁶⁰ *O direito processual penal militar numa visão garantista*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2010, p. 17.

⁶¹ Ob. cit, p. 78.

É com esse pensamento, ou seja, reconhecendo o processo de caráter penal como instrumento de distinção entre a liberdade do cidadão e a autoridade do Estado que Rogério Lauria Tucci, citando Couture, pontifica que “inadmissível afigurar-se a privação da liberdade sem a ‘garantia’ consubstanciada num ‘processo’ desenvolvido na forma que a lei estabelece, lei essa dotada de todas as garantias do processo legislativo”.⁶²

Tendo em vista o direito ao justo processo apoiado num procedimento conforme a Constituição Federal, Antonio Scarance Fernandes afirma que

“a garantia ao procedimento decorre de que as realidades procedimentais, embora constituam individualidades, devem ser produzidas de acordo com os modelos estabelecidos na legislação. Cada procedimento deve, em linhas gerais, desprezadas suas particularidades, corresponder a um tipo de procedimento. Podem, contudo, ocorrer, diversidades entre o realizado e o estabelecido. Em regra, tais diferenças, ou atipicidades, decorrentes de acréscimos, desvios, reduções e omissões de atos, representam meras irregularidades, mas em determinadas ocasiões os vícios procedimentais configuram desrespeito às garantias do devido processo penal, prejudicando as partes”.⁶³

Desse modo, o processo, em especial o de caráter penal, deve ser entendido senão como uma sucessão de formas e formalidades, donde ser oportuna a advertência de Rui Barbosa no sentido de que “só os déspotas não se

⁶² *Direitos e garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 83.

⁶³ *Teoria geral do procedimento e procedimento no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 39-40.

apegam ao dogma jurídico, que faz das formas processuais a santidade e a garantia essencial do direito”⁶⁴, pois como bem dito por Rudolf Von Ihering em um de seus opúsculos: “a forma é inimiga jurada do arbítrio e irmão gêmea da liberdade”⁶⁵.

Nessa vereda, observa Marco Aurélio Mello que

“a forma revela meio para alcançar a realização do direito substancial. A forma, colocada no cenário jurídico mediante preceitos imperativos é, acima de tudo, liberdade, em seu sentido maior; é a revelação do que pode ou não ocorrer, em se tratando de jurisdição.”⁶⁶

3.2.6. Foro militar

O Código de Processo Penal Militar trata do foro militar em tempo de paz e em tempo de guerra, definindo-o como especial.

No que toca ao foro militar, Célio Lobão assinala que “é especial porque nele se realiza a lei penal especial, através do diploma processual penal militar, igualmente especial. Diante disso, uma característica inconfundível do processo especial reside na variação do rito e na especialidade do juízo”.⁶⁷

Ao tratar do foro militar, Ramagem Badaró indica que “o foro militar abrangerá os civis que, em lugar sujeitos à administração militar, cometem

⁶⁴ *O Justo e a Justiça*. In Obras Seletas de Rui Barbosa, Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, vol. VIII, 1957, p. 67-71.

⁶⁵ IHERING, Rudolf Von. *O Espírito do Direito Romano*. Tradução de Rafael Banaion. Vol. 1. Rio de Janeiro: Calvino, 1934, p.164.

⁶⁶ Supremo Tribunal Federal – Revista Trimestral de Jurisprudência, vol. 197, p.185.

⁶⁷ *Direito Processual Penal Militar*. São Paulo: Método, 2009, p. 105.

crimes definidos em lei militar ou na lei penal comum, contra pessoa investida de autoridade militar”⁶⁸.

Com a redação dada pela Lei n.º 9.299/96, o artigo 82 do referido diploma legal dispõe que o foro militar é especial, e, exceto nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a ele estão sujeitos, em tempo de paz.

O mesmo dispositivo legal ainda traz que estão sujeitos ao foro militar, nos crimes definidos em lei contra as instituições militares ou a segurança nacional, os militares em situação de atividade e os assemelhados na mesma situação; os militares da reserva, quando convocados para o serviço ativo; os reservistas, quando convocados e mobilizados, em manobras, ou no desempenho de funções militares; os oficiais e praças das Polícias e Corpos de Bombeiros Militares, quando incorporados às Forças Armadas (CPPM, art. 82, I).

Ainda em tempos de paz, nos crimes funcionais contra a administração militar ou contra a administração da Justiça Militar, estão sujeitos ao foro militar os auditores, os membros do Ministério Público, os advogados de ofício e os funcionários da Justiça Militar (CPPM, art. 82, II), atentando, evidentemente, o foro especial no caso dos magistrados e membros do *parquet*.

O Código de Processo Penal Militar ainda dispõe que o foro militar se estenderá aos militares da reserva, aos reformados e aos civis, nos crimes contra a segurança nacional ou contra as instituições militares, como tais definidos em lei. Entretanto, nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum (CPPM, art. 82, §§ 1º e 2º).

⁶⁸ Ob. cit., p. 53.

Sobre o foro militar da União, Célio Lobão aponta que

“o inciso I do art. 82 do CPPM especifica quem se encontra sujeito a ele, nos crimes contra as instituições militares definidos no CPM (critério *ratione legis* e critério objetivo - arts. 124 e 125, § 4º, da CF). Nos termos da lei processual penal militar, estão sujeitos ao foro militar federal, nos crimes militares definidos no CPM: o militar das Forças Armadas em situação de atividade (da ativa); o militar da reserva, quando convocado para o serviço ativo; os reservistas, quando convocados para o serviço ativo; os oficiais e praças das Polícias Militares e do Corpo de Bombeiros Militares, quando incorporados às Forças Armadas, considera-se que são forças auxiliares e reserva do Exército. Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, o militar responde no Tribunal do Júri. A respeito dos reservistas, ressaltamos as expressões, 'quando convocados e mobilizados, em manobras, ou no desempenho da função militar'. O reservista e o militar da reserva, quando convocados, são militares da ativa, independente de se encontrarem mobilizados, em manobras, ou no desempenho da função militar (arts. 82, I, “a” a “d”, do CPPM, 9º, parágrafo único, do CPM, 124, 22, XXI, e 144, § 6º, 1ª parte, da CF)”.⁶⁹

Com relação aos bombeiros e policiais militares, vale lembrar que, pela prática de crime militar definido no Código Penal Militar, eles submetem-se ao

⁶⁹ Ob. cit., p.106.

Juízo Militar do Estado (unidade federativa) a qual pertencem, com exceção dos crimes dolosos contra a vida cometidos contra civil (art. 125, § 4º, da CF), cuja competência é do Tribunal do Júri.

Já em tempo de guerra, a lei processual militar assinala que o foro militar poderá, por lei especial, abranger outros casos, além dos previstos no *codex* (CPPM, art. 83).

Nesse aspecto, Célio Lobão esclarece que “Em tempo de guerra, o foro militar terá sua competência ampliada, em conformidade com a legislação editada na época da anormalidade (art. 83 do CPPM)”⁷⁰.

3.3. Competência

3.3.1. Generalidades

Embora a jurisdição, enquanto manifestação do poder estatal seja una e indivisível, a Constituição Federal e a legislação ordinária distribuem a atividade ou exercício jurisdicional a seus inúmeros órgãos, onde cada um a exercerá dentro dos limites fixados, ou seja, dentro de sua competência.

Segundo Antonio Scarance Fernandes,

“Competência é a capacidade de exercer a jurisdição dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal e legislação ordinária. Fala-se, por isso, que a competência é o ‘limite da jurisdição’, ou a ‘medida da jurisdição’, ou ainda a

⁷⁰ Idem.

‘quantidade da jurisdição’⁷¹.

Marco Antonio Marques da Silva e Jayme Walmer de Freitas conceituam competência como

“o âmbito delimitado pela lei, dentro do qual um órgão investido de jurisdição pode exercer o poder de julgar, na acepção de Emilio Gomes Orbaneja, citado por Frederico Marques (Da competência em matéria penal, p. 40). Daí dizer que jurisdição é poder que todos os juízes têm, mas que competência representa a medida desse poder, seu espaço determinado e determinável, a sua delimitação”⁷².

Ao traçar uma definição de competência, Hélio Tornaghi salienta que

“a competência é sempre permissão legal de exercer parte de certa atribuição. A lei que dá competência, na verdade, usa de um processo negativo: cerceia o exercício de um poder, além de lidar a ação daqueles aos quais nega competência. É exatamente isso o que acontece com os juízes. Pelo simples fato de serem juízes, têm jurisdição, poder de julgar. Se esse poder não é restringido por nenhuma lei, compete-lhes julgar tudo. Mas se alguma só lhes permite decidir determinadas controvérsias, então, o exercício de sua jurisdição fica demarcado pela sua competência.”⁷³

⁷¹ *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 134.

⁷² Ob. cit., p. 149.

⁷³ Ob. cit., p. 295.

Guilherme de Souza Nucci, por sua vez, assinala que “trata-se da delimitação da jurisdição, ou seja, o espaço dentro do qual pode determinada autoridade judiciária aplicar o direito aos litígios que lhe forem apresentados, compondo-os”.⁷⁴

Nos termos do artigo 124 da Constituição Federal, à Justiça Militar compete o julgamento dos civis e militares acusados da prática de crimes tipificados no Código Penal Militar,⁷⁵ necessitando para se confirmar sua competência, em tempo de paz, a subsunção da conduta a qualquer das hipóteses do artigo 9º, incisos I, II e III do referido *codex*, servindo, principalmente, como diploma voltado à proteção dos bens jurídicos de interesse das Forças Armadas.⁷⁶

⁷⁴ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 166.

⁷⁵ O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência assente nesse sentido: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INFRAÇÃO DISCIPLINAR. PUNIÇÃO IMPOSTA A MEMBRO DAS FORÇAS ARMADAS. CONSTRIÇÃO DA LIBERDADE. HABEAS CORPUS CONTRA O ATO. JULGAMENTO PELA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCOMPETÊNCIA. MATÉRIA AFETA À JURISDIÇÃO DA JUSTIÇA FEDERAL COMUM. INTERPRETAÇÃO DOS ARTS. 109, VII, e 124, § 2º. I - **À Justiça Militar da União compete, apenas, processar e julgar os crimes militares definidos em lei, não se incluindo em sua jurisdição as ações contra punições relativas a infrações** (art. 124, § 2º, da CF). II - A legalidade da imposição de punição constritiva da liberdade, em procedimento administrativo castrense, pode ser discutida por meio de habeas corpus. Precedentes. III - Não estando o ato sujeito a jurisdição militar, sobressai a competência da Justiça Federal para o julgamento de ação que busca desconstituí-lo (art. 109, VII, CF). IV - Reprimenda, todavia, já cumprida na integralidade. V - HC prejudicado. (STF – 1ª T. - RHC 88543 / SP – Rel. Ministro Ricardo Levandowski – j. 03/04/2007 – DJE 04 de 26/04/2007).

⁷⁶ Cf. HABEAS CORPUS. CRIMES DE HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL GRAVE CONTRA MILITAR EM OPERAÇÃO DE TRANSPORTE DE FARDAMENTO DO EXÉRCITO. COLISÃO DO VEÍCULO DO PACIENTE COM A VIATURA MILITAR. IMPUTAÇÃO DE DOLO EVENTUAL. AGENTE CIVIL. INOCORRÊNCIA DE CRIME MILITAR. INTERPRETAÇÃO ESTRITA DA FUNÇÃO DE NATUREZA MILITAR. EXCEPCIONALIDADE DA JUSTIÇA CASTRENSE PARA O JULGAMENTO DE CIVIS, EM TEMPO DE PAZ. 1. **Ao contrário do entendimento do Superior Tribunal Militar, é excepcional a competência da Justiça Castrense para o julgamento de civis, em tempo de paz.** A tipificação da conduta de agente civil como crime militar está a depender do "intuito de atingir, de qualquer modo, a Força, no sentido de impedir, frustrar, fazer malograr, desmoralizar ou ofender o militar ou o evento ou situação em que este esteja empenhado" (CC 7.040, da relatoria do Ministro Carlos Velloso). 2. O cometimento do delito militar por agente civil em tempo de paz se dá em caráter excepcional. Tal cometimento se traduz em ofensa àqueles bens jurídicos tipicamente associados à função de natureza militar: defesa da Pátria,

Cumpra registrar ainda que estão fora da competência, tanto da Justiça Militar da União como da Estadual, os crimes dolosos contra a vida e cometidos contra civil, haja vista a edição da Lei n.º 9.299/96 que aponta como competente o Tribunal do Júri.

E mais. Tanto o Supremo Tribunal Federal como o Superior Tribunal de Justiça já sedimentaram jurisprudência nesse sentido:

“HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL MILITAR. PROCESSUAL PENAL MILITAR. CRIME DOLOSO PRATICADO POR CIVIL CONTRA A VIDA DE MILITAR DA AERONÁUTICA EM SERVIÇO: COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR PARA PROCESSAMENTO E JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL: ART. 9º, INC. III, ALÍNEA D, DO CÓDIGO PENAL MILITAR: CONSTITUCIONALIDADE. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. **A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL É NO SENTIDO DE SER CONSTITUCIONAL O JULGAMENTO DOS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA DE MILITAR EM SERVIÇO PELA JUSTIÇA CASTRENSE, SEM A SUBMISSÃO DESTES CRIMES AO TRIBUNAL DO JÚRI, NOS TERMOS DO O ART. 9º, INC. III, "D", DO CÓDIGO PENAL MILITAR.** 2. HABEAS CORPUS DENEGADO. (STF – 1ª T. - HC 91003 / BA – REL. MIN. CARMEM LÚCIA – J.22/05/2007 – DJE 072 DE 02/08/2007); E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME DOLOSO CONTRA A VIDA PRATICADO POR MILITAR CONTRA CIVIL. LEI 9.299/96. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ESTADUAL.

garantia dos poderes constitucionais, da Lei e da ordem (art. 142 da Constituição Federal). 3. No caso, a despeito de as vítimas estarem em serviço no momento da colisão dos veículos, nada há na denúncia que revele a vontade do paciente de se voltar contra as Forças Armadas, tampouco a de impedir a continuidade de eventual operação militar ou atividade genuinamente castrense. 4. Ordem concedida para anular o processo-crime, inclusive a denúncia (STF – 1ª T. - HC 86216 / MG – Rel. Ministro Carlos Ayres Brito – j. 19/02/2008 – DJE de 23/10/2008).

TRIBUNAL DO JÚRI. CONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. NORMA DE ORDEM PÚBLICA. NULIDADE. PRECEDENTES DO STF. ORDEM CONCEDIDA.

1. COM A EDIÇÃO DA LEI 9.299/96, QUE EXCLUIU DO ROL DOS CRIMES MILITARES OS CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA PRATICADOS CONTRA CIVIL, ATRIBUINDO À JUSTIÇA COMUM O JULGAMENTO DOS REFERIDOS DELITOS, ADVEIO GRANDE CONTROVÉRSIA JURISPRUDENCIAL SOBRE A CONSTITUCIONALIDADE DA LEI.

2. ACERCA DO TEMA, O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, NO JULGAMENTO DO RE 260.404/MG, EM 22/3/01, DECIDIU PELA CONSTITUCIONALIDADE DO PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 9º DO CÓDIGO PENAL MILITAR, INTRODUIDO PELA LEI 9.299/96.

3. ADEMAIS, A EMENDA CONSTITUCIONAL 45/04, AO ALTERAR O ART. 125, § 4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL, DISPÕS 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, 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" (SEM GRIFOS NO ORIGINAL).

4. NO CASO EM EXAME, TENDO EM VISTA A COMPETÊNCIA ABSOLUTA DO TRIBUNAL DO JÚRI PARA JULGAMENTO DA CAUSA, IMPÕE-SE A DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL, EM QUE TRÊS POLÍCIAS MILITARES DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO TERIAM COMETIDO HOMICÍDIO QUALIFICADO CONTRA DOIS CIVIS.

5. POR OUTRO LADO, CONSIDERANDO QUE "OS JUÍZES E OS

TRIBUNAIS TÊM COMPETÊNCIA PARA EXPEDIR DE OFÍCIO ORDEM DE HABEAS CORPUS, QUANDO NO CURSO DE PROCESSO VERIFICAREM QUE ALGUÉM SOFRE OU ESTÁ NA IMINÊNCIA DE SOFRER COAÇÃO ILEGAL" (CPP, ART. 654, § 2º), ENTENDO QUE DEVE SER CONCEDIDA, DE OFÍCIO, ORDEM DE HABEAS CORPUS PARA DECLARAR A NULIDADE DA AÇÃO PENAL EM RELAÇÃO TAMBÉM AOS CO-RÉUS.

6. ORDEM CONCEDIDA PARA DECLARAR A NULIDADE DA AÇÃO PENAL 024930023049, QUE TRAMITOU PERANTE A AUDITORIA JUDICIÁRIA MILITAR DO ESPÍRITO SANTO, PRESERVANDO OS ATOS PROCESSUAIS ANTERIORES AO ACÓRDÃO QUE JULGOU O CONFLITO DE COMPETÊNCIA 100970005789. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO, NO MESMO SENTIDO, AOS DEMAIS CO-RÉUS" (STJ – 5ª T. - HC 102227 / ES – REL. MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA – J. 27/11/2008 - DJE 19/12/2008).

No âmbito da União, a Justiça Militar é competente para processar e julgar os membros das Forças Armadas e também civis, sendo regulada pela Lei n.º 8.457 de 04 de setembro de 1992.

Deixando de lado a questão da apreciação das questões disciplinares, quanto à Justiça Militar Estadual, nos termos do artigo 125, § 4º, da Constituição Federal, cabe o julgamento dos militares do Estado nos crimes militares definidos no Código Penal Militar, singularmente pelo juiz de direito do juízo militar nos crimes em que a vítima primária seja civil e nos demais crimes militares perante o Conselho de Justiça, sob a presidência do juiz de direito, ressaltando que a condição da vítima para a fixação da competência leva em conta a vítima primária, não secundária (v.g., no crime de concussão a vítima primária é a Administração Pública e a secundária o civil a quem se exigiu

vantagem indevida).

3.3.2. Critérios de fixação

Cuidando da competência material, três são os aspectos a serem observados na delimitação do exercício da jurisdição: a) em razão da matéria (*ratione materiae*); b) a qualidade da pessoa do réu (*ratione personae*); e c) o território (*ratione loci*).

Não sendo possível a um único juiz conhecer de todas as causas, emana determinação da Lei Maior, da legislação infraconstitucional e dos preceitos de organização judiciária, delimitando o exercício da função judicante, estabelecendo-se a competência pela natureza da infração.

Assim, “quando as regras legais sobre a competência *ratione materiae* emanam do legislador ordinário, a qualificação da infração usada pela lei reguladora da competência não traz maiores dificuldades para sua aplicação *in abstracto*. Bastará ao intérprete fazer a ligação entre a regra sobre competência e as rubricas da lei de direito penal material”.⁷⁷

Em especial, quanto à Justiça Militar, estabelece José Frederico Marques:

“A justiça militar é das poucas jurisdições especiais cuja existência se justifica. Não se trata de um privilégio de pessoas, mas de organização decorrente, como lembra Astolpho Rezende, das condições especiais que ligam pessoas e atos de índole particular atinentes ao organismo militar,

⁷⁷ MARQUES, José Frederico. *Da Competência em Matéria Penal*. p. 159.

como também pela natureza das infrações disciplinares aptas a comprometer a ordem jurídica e a coesão dos corpos militares. Como diz um notável escritor italiano, trata-se de juízes especiais técnicos, juízes naturais do soldado, que sabem pesar os danos que à disciplina e ao serviço, ao bom estado militar podem custar as infrações e que a este dano proporcionam a adequada sanção”.⁷⁸

E arremata que a Justiça Militar

“não é um privilégio pessoal, nem uma prerrogativa de função ou seita, mas é ordenada sobre a essência do serviço militar, a qual não admite que a disciplina fique perturbada ou enfraquecida, que sejam subtraídas aos chefes militares a vigilância sobre as ordens, a subordinação e o juízo das valorações delas”.⁷⁹

No que diz respeito à competência funcional, cabe pontuar que se trata de meio de delimitação da competência baseado em aspectos concernentes à função que exerce o agente acusado da prática de crime.

Com efeito, a matéria relativa à competência está inserta na Constituição Federal, onde se encontra estabelecida a competência dos Tribunais Superiores para processamento e julgamento das pessoas ali elencadas, determinando-se assim a competência *ratione personae*.

Na esteira dessa discussão, leciona Eduardo Espínola Filho que

⁷⁸ Ob. cit., p. 165.

⁷⁹ Ob. cit., p. 166.

“Como deixamos exposto no n.º 188, inc. I, “b”, a prerrogativa, que a função da pessoa sujeita a processo e julgamento, como responsável por qualquer infração penal, lhe dê, terá o efeito de, afastando a competência do foro comum, atribuir o conhecimento da causa a jurisdições de exceção. Nestes casos, firma-se, *‘ratione personae’*, a competência do tribunal, que estende a sua jurisdição sobre todo o território do país, ou do Estado-membro da Federação, pouco importando o lugar onde se levar a efeito a infração”.⁸⁰

Por outro lado, havendo choque entre o foro em razão da prerrogativa de função e o júri, parece que a regra constitucional que elege o júri deve prevalecer, mesmo porque

“o respeito à garantia do juiz natural certamente repercute ao mesmo tempo em que condiciona a atribuição da competência pela vinculação de causas, limitando o alcance dos dispositivos estabelecidos nas regras contidas na lei processual penal, limitações estas impostas pela necessidade inafastável de assegurar a presença no processo do órgão constitucionalmente competente, assim se assegurando a legitimidade do exercício da função jurisdicional”,

ou, porque

“a competência estabelecida em regras constitucionais é improrrogável, não comportando modificação de qualquer

⁸⁰ Ob. cit., p. 250.

natureza, inexistindo qualquer dúvida de que o exercício da jurisdição sem adequação ao disposto naquelas regras acarreta a incompetência absoluta do órgão ou grupo de órgãos jurisdicionais que assim atue”.⁸¹

Necessário consignar que a competência funcional sempre pressupõe a existência da atribuição jurisdicional já delimitada pelos critérios da competência material em razão da relação de direito (*ratione materiae*) e do território (*ratione loci*).

Agora, analisemos a competência pelo lugar da infração. Não é demais salientarmos que a competência pelo local da infração é a regra adotada pelo Código de Processo Penal Militar, ou seja, preponderantemente, não se verificando elementos que ensejem a modificação da competência, a competência será delimitada pelo local da infração.

O artigo 88 do Código de Processo Penal Militar traz que a competência será, de regra, determinada pelo lugar da infração, e, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução. Tal regra é corroborada pelo artigo 85, I, “a”, da legislação adjetiva penal militar.

Assim, a competência fixada pelo lugar da infração é a regra para a determinação do juiz a quem incumbe o exercício do poder jurisdicional no caso concreto, vez que firma a competência para o processo e julgamento da causa, pois é justamente neste foro onde há maior facilidade para coligir os elementos probatórios necessários à constatação da materialidade e à certeza da autoria, isso para não se falar que é o lugar onde o exemplo de repressão é exigido.

⁸¹ KARAM, Maria Lúcia. *Competência no Processo Penal*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, respectivamente, p. 75 e 50.

Segue, pois, a chamada Teoria do Resultado, enquanto o Código Penal Militar, ao definir o lugar do crime (art. 6º), estabelece que “considera-se praticado o fato, no lugar em que se desenvolveu a atividade criminosa, no todo ou em parte, e ainda que sob forma de participação, bem como onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado”, consagrando a Teoria da Ubiquidade.⁸²

No que toca à adoção da teoria da ubiquidade ou mista pela legislação penal militar, Guilherme de Souza Nucci pondera que

“diversamente do previsto no processo penal comum, onde se adota a teoria do resultado, vale dizer, é competente para apurar a infração penal, aplicando a medida cabível ao seu agente, o foro onde se deu a consumação do delito, este

⁸² “CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PRÁTICA, EM TESE, DE FALSIFICAÇÃO DE ASSINATURA E CARIMBO EM CERTIFICADO DE SEGURANÇA DE NAVEGAÇÃO - CSN. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FIRMADA PELO LUGAR EM QUE SE DESENVOLVEU A ATIVIDADE SUPOSTAMENTE CRIMINOSA. **Consagrou-se na legislação processual penal militar, quanto ao lugar do crime, a teoria da ubiquidade, segundo a qual considera-se praticado o fato no local em que se desenvolveu a atividade criminosa, no todo ou em parte, ou onde se produziu ou deveria produzir-se o resultado. À luz da regra geral estampada no art. 88 do CPPM, tem-se que a competência do juízo castrense é fixada pelo lugar em que ocorreu a infração penal.** Nesse passo, uma vez apurado em IPM que a falsificação de assinatura e carimbo em Certificado de Segurança de Navegação ocorreu em área sujeita à jurisdição da Auditoria da 12ª CJM, este será o juízo sobre o qual recairá a competência para processamento e julgamento da causa. Decisão por maioria” (STM, CONFLITO DE COMPETÊNCIA 0000069-24.2010.7.12.0012, rel. Ministro José Américo dos Santos, Data da Publicação: 16/09/2010. Veículo: DJE). “EMENTA: RECURSO CRIMINAL. CRIMES MILITARES. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. E-MAIL FUNCIONAL. ÁREA SUJEITA À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. - É plena a competência da Justiça Militar para a apreciação do mérito da causa, tendo em vista que o e-mail funcional deve ter seu uso aliado e condicionado ao bom desempenho das funções laborais. - Torna-se imperioso que esse instrumento de trabalho seja utilizado para aprimorar o exercício da atividade militar, pública por excelência, e não para servir de meio pessoal e privativo para propagar pretensas acusações às quais carecem de provas e sustentabilidade. - **O Código Penal Militar é categórico ao asseverar que a Teoria da Ubiquidade rege o locus delicti**, ou seja, que os destinatários dos respectivos e-mails tomaram conhecimento das rudes mensagens dentro da Administração Militar. Induvidoso conferir à Justiça Castrense a legitimidade para apreciação do caso em tela. RECURSO IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME” (STM, RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 0000016-78.2007.7.11.0011, Rel. Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, Data da Publicação: 07/10/2008. Veículo: DJE).

Código acolhe a teoria da ubiquidade ou mista, que considera como lugar do crime tanto o da ação quanto o do resultado, indiferentemente”.⁸³

Não obstante o entendimento jurisprudencial, Cícero Robson Coimbra Neves demonstra ter visão diferente quando afirma que

“aceitar a teoria da ubiquidade como regra de fixação do local da infração penal militar para fins de definição de competência significa partir da regra em si conflitiva nos crimes plurilocais, em que, de início, já serão competentes dois órgãos: o do local da conduta e o do local do resultado”.⁸⁴

Tratando-se de crime praticado a bordo de navio ou embarcação sob o comando militar ou militarmente ocupado em porto nacional, nos lagos e rios fronteiriços ou em águas territoriais brasileiras, serão, nos dois primeiros casos, processados na Auditoria da Circunscrição Judiciária correspondente a cada um daqueles lugares, e, no último caso, na 1ª Auditoria da Marinha *ex vi* do artigo 89 do Código de Processo Penal Militar.

O artigo 90 do Código de Processo Penal Militar prescreve que os crimes cometidos a bordo de aeronave militar ou militarmente ocupada, dentro do espaço aéreo correspondente ao território nacional, serão processados pela Auditoria da Circunscrição em cujo território se verificar o pouso após o crime e, se este se efetuar em lugar remoto ou em tal distância que torne difíceis as diligências, a competência será da Auditoria da Circunscrição de onde houver

⁸³ Ob. cit., p. 130.

⁸⁴ *Manual de Direito Processual Penal Militar em Tempo de Paz*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 483.

partido a aeronave, salvo se presentes os mesmos óbices, caso em que a competência será da Auditoria mais próxima da primeira, se na Circunscrição houver mais de uma.

Quando o crime for cometido fora do território nacional (e de competência da Justiça Militar da União), o artigo 91 do *codex* assinala que serão, de regra, processados em Auditoria da Capital da União.

Já para delitos praticados em parte no território nacional, segundo o previsto no artigo 92 do Código de Processo Penal Militar, a competência do foro militar é determinada de acordo com as seguintes regras: a) se, iniciada a execução em território estrangeiro, o crime se consumar no Brasil, será competente a Auditoria da Circunscrição em que o crime tenha produzido ou devia produzir o resultado; b) se, iniciada a execução no território nacional, o crime se consumar fora dele, será competente a Auditoria da Circunscrição em que se houver praticado o último ato ou execução.

Quanto à competência pelo domicílio do réu, cumpre dizer que ela se dá sempre que for impossível determinar-se o local onde a infração foi cometida. Trata-se da chamada competência do foro supletivo.

A regra para determinação da competência é a do *locus delicti commissi*, salvo quando houver impossibilidade de se conhecer o lugar em que foi cometida a infração penal, oportunidade que se aplicam os artigos 85, I, “b”, e 93 do Código de Processo Penal Militar, impondo-se que a competência seja fixada pelo domicílio ou residência do acusado.

Noutra perspectiva, a competência do foro militar será determinada pela

prevenção sempre que, concorrendo dois ou mais juízes igualmente competentes ou com competência cumulativa, um deles tiver antecedido aos outros na prática de algum ato do processo ou de medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia. Esta é a regra do artigo 94 do Código de Processo Penal Militar.

De acordo com o artigo 95 da lei processual castrense, a competência pela prevenção pode ocorrer: a) quando incerto o lugar da infração, por ter sido praticado na divisa de duas ou mais jurisdições; b) quando incerto o limite territorial entre duas ou mais jurisdições; c) quando se tratar de infração continuada ou permanente, praticada em território de duas ou mais jurisdições; d) quando o acusado tiver mais de uma residência ou não tiver nenhuma, ou forem vários os acusados e com diferentes residências.⁸⁵

⁸⁵ “EMENTA: - RECURSO CRIMINAL - FIXAÇÃO DE COMPETÊNCIA. PROCESSO ORIUNDO DA 1ª AUDITORIA DA 2ª CJM. CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA SUSCITADO PELO JUÍZO DA 10ª CJM. - Art. 88 do CPPM, competência determinada pelo lugar da infração. - Art. 6º do CPM. Lugar do crime. Teoria da ubiquidade, considerando tanto o crime praticado no lugar onde se desenvolveu a atividade criminosa, como também onde se produziu ou deveria produzir o resultado. - Diferença ante o art. 70 do CPP - Competência pelo lugar em que se consumar a infração - **Teoria do resultado. - Regra para dirimir aparente impasse: Prevenção. Qualquer ato do processo ou medida a este relativa, ainda que anterior ao oferecimento da denúncia, já é suficiente para prevenir a jurisdição.** - Negado provimento ao presente Recurso. Remessa dos autos à 1ª Auditoria da 2ª CJM para dar prosseguimento ao feito. - Decisão unânime” (STM, RECURSO EM SENTIDO ESTRITO 2004.01.007220-4, Rel. Min Carlos Alberto Marques Soares, Data da Publicação: 09/03/2005, veículo DJE).

“CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. Estelionato previdenciário (de rendas). Prevenção. Crime permanente. Estelionato previdenciário. Habilitação ao recebimento indevido de pensão, mediante a utilização de documento falso. **Local do crime. Processo Penal Militar. Iniciada e consumada a atividade delitiva em locais distintos, todos são considerados locais da infração com supedâneo no art. 88 do CPPM, c/c o art. 6º do CPM (Teoria da Ubiquidade). Prevenção. Legislação processual penal castrense. Sempre que concorrerem dois Juízos igualmente competentes, firma-se-á a competência pela prevenção, caso um deles tenha antecedido o outro na prática de algum ato processual. Competência pela prevenção. Crime permanente. Quaestio resolvida pela prevenção,** tendo em vista o estelionato de "rendas" tratar-se de crime permanente, cuja consumação se protraí no tempo, e o bem jurídico é continuamente agredido. O ente lesado permanece tendo reiterado prejuízo decorrente da fraude criada e mantida pelo autor do delito. Inteligência do art. 94, c/c o art. 95, alínea c, ambos do CPPM. Conflito Negativo de Competência. Deferido para declarar competente para apreciar o feito o Juízo que primeiramente o conheceu. In casu o Juízo da Auditoria da 7ª CJM. Decisão unânime” (STM, CONFLITO DE COMPETÊNCIA

Guilherme de Souza Nucci salienta que

“a prevenção é sempre um critério residual, vale dizer, não havendo condições de determinar o juízo pelas regras usuais, como o lugar de infração ou o domicílio do réu, pois sempre existe a possibilidade de haver mais de um magistrado competente exercendo suas funções no mesmo local, utiliza-se a prevenção como subsídio”.⁸⁶

Ainda sobre a fixação de competência, a lei processual penal militar traz no artigo 96 que, para o militar, em situação de atividade ou assemelhado na mesma situação ou para o funcionário lotado em repartição militar, o lugar da infração, quando este não puder ser determinado, será o da unidade, navio, força ou órgão onde estiver servindo, não lhe sendo aplicável o critério da prevenção, salvo entre Auditorias da mesma sede e atendida a respectiva especialização.

Aclarando o texto legal, Guilherme de Souza Nucci traz que

“a competência do foro militar será determinada, de maneira geral, pelo lugar da infração, não sendo este específico, pela residência ou domicílio do acusado; se ainda não for possível, pela prevenção. Entretanto, há regra especial, consistente no lugar de serviço. Conforme se vê deste artigo, não sendo possível determinar o local da infração, em lugar de se utilizar do domicílio ou residência do acusado, bem como da

0000036-94.2006.7.01.0201, Rel. Min. Antonio Aparicio Ignacio Domingues, Data da Publicação: 10/09/2007).

⁸⁶ Ob. cit., p. 133.

prevenção, vale-se do seu local de serviço. Para isso, é preciso que o autor seja militar da ativa ou funcionário civil em repartição militar”.⁸⁷

3.3.3. Modificação da competência

Este item examina institutos ligados à modificação da competência, em especial, a conexão, a continência, bem como disposições específicas acerca de concurso entre de jurisdições, desaforamento, critérios de prorrogação, a noção de *perpetuatio jurisdictionis*, separação de processos e de julgamento, avocação de processos e a prerrogativa do posto ou da função.

Inicia-se com o exame da conexão. Segundo o vernáculo, conexão significa a ligação de uma coisa a outra, dependência, relação, nexo. Assim, em termos jurídicos, a conexão é reconhecida na hipótese em que duas ou mais infrações penais estejam vinculadas, o que enseja a reunião dos respectivos processos, sendo, pois, causa de alteração de competência.

Expõe Hélio Tornaghi que

“conexão é a junção de vários litígios num só processo. Essa ligação decorre do fato de haver um elemento comum na demanda (*eaedem personae, ou eadem res, ou eadem causa petendi*). Se todos os elementos fossem comuns, já não haveria mais de um litígio, senão um só e do momento em que este pendesse de julgamento em um juízo, qualquer novo pedido ensejaria a exceção de litispendência”.⁸⁸

⁸⁷ Ob. cit., p. 133.

⁸⁸ *Compêndio de Processo Penal*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967, Tomo I, p. 326.

Passa-se, agora, ao exame das modalidades de conexão, a saber: intersubjetiva (por simultaneidade, por concurso e por reciprocidade); objetiva; e a instrumental. Por último, analisa-se a *vis atractiva* do Tribunal do Júri.

A conexão intersubjetiva por simultaneidade ocorre quando duas ou mais infrações tiverem sido praticadas ao mesmo tempo por várias pessoas reunidas. No Código de Processo Penal Militar esta figura vem descrita no artigo 99, alínea “a” (primeira hipótese).

Na conexão por simultaneidade, segundo José Frederico Marques, o que se “exige é unidade temporal do acontecimento complexo, e não unidade jurídica dos atos. A expressão 'ao mesmo tempo' deve ser entendida em sentido natural e corrente (...) não é necessário que o desenvolvimento temporal das infrações coincida estritamente, no sentido de identidade do início dos respectivos atos de execução e de identidade na consumação”.⁸⁹

Para Guilherme de Souza Nucci, a conexão intersubjetiva por simultaneidade “cuida-se da hipótese de vários agentes cometerem infrações diversas, embora sejam estas praticadas ao mesmo tempo, no mesmo lugar. A simultaneidade dos fatos e da atuação dos autores faz com que seja conveniente uma apuração conjunta, por juiz único”.⁹⁰

Por seu turno, a conexão intersubjetiva por concurso se dá quando a infração penal tenha sido praticada por várias pessoas em concurso, ainda que em locais diferentes. No Código de Processo Penal Militar esta figura vem

⁸⁹ *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas: Bookseller, 1998, vol. I., p. 255.

⁹⁰ Ob. cit., p. 138.

descrita no artigo 99, alínea “a” (segunda hipótese).

Para José Frederico Marques, “resulta do fim comum, do concerto prévio, do ajuste entre os autores das infrações”.⁹¹

Já Célio Lobão traz que “na conexão por concurso é exigido o acordo, o ajuste prévio, para a prática das infrações penais, ao mesmo tempo, ou em tempo e lugares diversos”.⁹²

De outro lado, a conexão intersubjetiva por reciprocidade ocorre na hipótese em que “agentes cometem crimes uns contra os outros. Estando imersos no mesmo cenário, é conveniente que haja a reunião dos processos para um só julgamento”.⁹³ Trata-se da última hipótese prevista no artigo 99, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar.

Para Célio Lobão, “na conexão por reciprocidade, duas ou mais infrações penais são praticadas por várias pessoas, umas contras as outras, com ou sem proximidade de tempo ou lugar, sendo suficiente a relação de antecedentes consequente entre os diversos delitos. O lapso de tempo pode ser de dias, meses e até anos. Por exemplo, assassinatos sucessivos em represália a outros anteriormente cometidos, embora separados no tempo e no espaço”.⁹⁴

A conexão objetiva, também conhecida como consequential, lógica ou teleológica, é aquela descrita pelo artigo 99, alínea “b”, do Código de Processo Penal Militar, ou seja, se, no mesmo caso, umas infrações tiverem sido

⁹¹ Ob. cit., p. 257.

⁹² *Direito Processual Penal Militar*. São Paulo: Método, 2009, p. 216.

⁹³ Ob. cit., p. 139.

⁹⁴ Ob. cit., p. 217.

praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas.

José Frederico Marques analisa que “na conexão objetiva, as infrações ligadas entre si, ou se derivam da mesma causa, ou são engendradas umas pelas outras. Para existir a conexão objetiva, não há necessidade de mais nada que a relação de causalidade, não se cogitando, por isso, de concomitância, pluralidade de agentes ou concerto prévio”.⁹⁵

Guilherme de Souza Nucci a exemplifica como a hipótese onde “há vários autores cometendo crimes para facilitar ou ocultar outros, bem como para garantir a impunidade ou a vantagem do que já foi feito”.⁹⁶

A doutrina diverge sobre a necessidade de existirem vários autores de delitos, ou seja, entende que é possível existir apenas um autor cometendo vários delitos, uns para garantir a impunidade de outros.

A esse respeito, Fernando da Costa Tourinho Filho traz que “não obstante o texto empregue as palavras no plural – 'umas', 'outras' -, é claro que, se alguém comete uma infração para ocultar outra, haverá conexão objetiva”.⁹⁷

A conexão instrumental, também conhecida como conexão probatória ou conexão processual, se dá quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influírem na prova de outra infração. Está prevista pelo artigo 99, alínea “c”, do Código de Processo Penal Militar.

⁹⁵ Ob. cit., p. 257-258.

⁹⁶ Ob. cit., p. 139.

⁹⁷ *Manual de Processo Penal*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003, p. 281.

Sobre a utilidade dessa espécie de conexão, Fernando da Costa Tourinho Filho assevera que a mesma “encontra seu fundamento na manifesta prejudicialidade homogênea que existe. Se a prova de uma infração influi na prova de outra, é evidente deva haver unidade de processo e julgamento, pois, do contrário, teria o juiz de suspender o julgamento de uma, aguardando a decisão quanto à outra”.⁹⁸

Por fim, analisa-se a *vis atractiva* do Tribunal do Júri. Como visto, competência é a capacidade de exercer a jurisdição dentro dos limites estabelecidos pela Constituição Federal e legislação ordinária. Contudo, diferentemente das demais normas constitucionais que tratam da competência, as que versam sobre a competência do Tribunal do Júri estão inseridas no núcleo duro da Carta Magna, como garantia do cidadão, de modo que não podem ser alteradas senão por meio de outro Poder Constituinte (CF, arts. 5º, inciso XXXVIII, alínea “d” e 60, § 4º, IV).

Em sendo assim, todos os crimes conexos aos de competência do Tribunal do Júri acabam sendo por este julgado, em razão de sua força atrativa, competência constitucional, chamando, por isso, até os crimes sujeitos à jurisdição militar.

Nesse passo, o art. 79, *caput*, do Código de Processo Penal dispõe que: “a conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento (...)”.

O art. 78, inciso I, da legislação adjetiva penal, estatui que na determinação da competência por conexão ou continência será observada a seguinte regra: no concurso entre a competência do júri e a do outro órgão da

⁹⁸ Ob. cit., p. 283.

jurisdição comum, prevalecerá a competência do júri.

Poder-se-ia, em contrapartida, se acenar com a aplicação do art. 79, inciso I, do Código de Processo Penal, que, como sabido, impõe que a conexão e a continência importarão unidade de processo e julgamento, salvo no concurso entre a jurisdição comum e militar.

Tratando-se de crimes dolosos contra a vida (impropriamente militar), a competência é do Tribunal do Júri, e não da Justiça Militar.

Importa aqui salientar a Lei nº 9.299/96, a qual alterou alguns dispositivos do Código Penal Militar e do Código de Processo Penal Militar, em especial os que tratam da competência do Tribunal do Júri para julgar crimes dolosos contra a vida.

Por conta da referida lei, o art. 9º, do Código Penal Militar, que trata dos crimes militares em tempos de paz, foi alterado, de modo que o parágrafo único do mencionado dispositivo legal passou a vigorar com a seguinte redação: “Os crimes de que trata este artigo, quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil, serão da competência da justiça comum”.

Cumprе ressaltar, porém, que sobreveio nova legislação sobre o assunto que alterou novamente o art. 9º, parágrafo único, do Código Penal Militar. Trata-se da Lei n.º 12.432/2011, a qual estabelece a competência da Justiça Militar para julgamento dos crimes praticados no contexto do artigo 303 da Lei nº 7.565/86 (Código Brasileiro de Aeronáutica).

Assim, por conta dessa *novel* legislação, o artigo 9º, parágrafo único, do

Código Penal Militar passou a normatizar, *in verbis*: “Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do artigo 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 – Código Brasileiro de Aeronáutica”.

Voltando os olhos para a Lei n.º 9.299/96, como dito, a mesma também alterou o Código de Processo Penal Militar no que tange à competência do Tribunal do Júri relativamente aos crimes dolosos contra a vida, de modo que o artigo 82, *caput*, desse diploma castrense passou a vigorar nos seguintes termos: “O foro militar é especial, e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a ele estão sujeitos, em tempo de paz”.

Por outro lado, mesmo que assim não fosse, como já dito, há ainda que ser considerado que a regra constitucional que elege o júri como prevalente, deve imperar, mesmo porque o respeito à garantia do juiz natural certamente repercute ao mesmo tempo em que condiciona a atribuição da competência pela vinculação de causas, limitando o alcance dos dispositivos estabelecidos nas regras contidas na lei processual penal, limitações estas impostas pela necessidade inafastável de assegurar a presença no processo do órgão constitucionalmente competente, assegurando-se a legitimidade do exercício da função jurisdicional, ou, porque “a competência estabelecida em regras constitucionais é improrrogável, não comportando modificação de qualquer natureza, inexistindo qualquer dúvida de que o exercício da jurisdição sem adequação ao disposto naquelas regras acarreta a incompetência absoluta do órgão jurisdicional que assim atue”.⁹⁹

⁹⁹ KARAM, Maria Lúcia. *Competência no Processo Penal*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 50.

Nesse mesmo sentido são os dizeres de Adriano Marrey, Alberto Silva Franco e Rui Stoco, no sentido de que “No concurso entre a competência do Júri e a de outro órgão da jurisdição comum, prevalece a daquele Tribunal. Nos termos do artigo 78, I, do CPP e por se achar constitucionalmente estabelecida (CF, art.5º, XXXVIII), sendo, portanto, inderrogável”.¹⁰⁰

Aliás, há diversos precedentes do Superior Tribunal de Justiça, com destaque ao Conflito de Competência n.º 26.039-SP:

“CONFLITO DE COMPETÊNCIA. JUÍZO COMUM ESTADUAL E JUÍZO MILITAR. PENAL. CRIME DE LESÃO CORPORAL. DESDOBRAMENTO DO FEITO PERTINENTE À APURAÇÃO DO HOMICÍDIO PRATICADO PELOS POLICIAIS MILITARES NA PENITENCIÁRIA DE CARANDIRU. CRIME DO ART. 129 DO CÓDIGO PENAL. CASO QUE NÃO SE ENQUADRA EM NENHUMA DAS ALÍNEAS DO INCISO II DO ART. 9º DO CÓDIGO PENAL MILITAR. COMPETÊNCIA PREVALENTE DO TRIBUNAL DO JÚRI NO CONCURSO ENTRE A SUA COMPETÊNCIA E A DE OUTRO ÓRGÃO DA JURISDIÇÃO COMUM (CF, ART. 5º, XXXVIII E ART. 79, CPP). AO DESDOBRAR O REFERIDO FEITO, APURANDO O JUÍZO DO TRIBUNAL DO JÚRI SOMENTE O HOMICÍDIO PRATICADO PELOS POLICIAIS MILITARES NA PENITENCIÁRIA DE CARANDIRU, DETERMINOU QUE O CRIME DE LESÃO CORPORAL FOSSE PROCESSADO PELA JUSTIÇA CASTRENSE. TRATANDO-SE DE CRIME DESCRITO, TANTO NO CÓDIGO PENAL COMUM, QUANTO NO CÓDIGO PENAL MILITAR, DEVE-SE ANALISAR SOBRE A COMPETÊNCIA PARA SEU

¹⁰⁰ *Teoria e Prática do Júri*, 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 139.

PROCESSAMENTO, TENDO EM CONTA O ART. 9º, II E SUAS ALÍNEAS DESTE ÚLTIMO DIPLOMA LEGAL. AO ATUAREM NA FISCALIZAÇÃO DAQUELE PRESÍDIO, NÃO ESTAVAM OS RESPECTIVOS MILITARES EM ATIVIDADE POLICIAL MILITAR RATIONE MATERIAE, O QUE AFASTA A QUALIFICAÇÃO DE CRIME MILITAR. CONFLITO CONHECIDO PARA DECLARAR A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI PARA PROCESSAR E JULGAR CRIME DE LESÕES CORPORAIS EM CONEXÃO COM CRIMES CONTRA A VIDA” (STJ, 3ª SEÇÃO, CC 26039/SP, REL. MIN. JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, J. 25/08/1999, DJ 27/09/1999).

Diante das considerações atinentes à conexão, aborda-se, agora, a continência (conceito, modalidades e regras para sua determinação).

A continência é uma forma de alteração e não causa determinante de competência.

Marco Antonio Marques da Silva e Jayme Walmer de Freitas explicam que a competência por continência “ocorre quando uma coisa está contida em outra, não sendo possível a separação. Sempre se trata de coparticipação, de sorte que será inviável a separação em processos distintos, uma vez que uma causa está contida na outra. A unificação assegura a incoerência de decisões conflitantes”.¹⁰¹

O artigo 100 do Código de Processo Penal Militar prevê duas modalidades de continência. A primeira delas está prevista na alínea “a” do referido dispositivo legal e é também conhecida por continência em razão do concurso de pessoas ou cumulação subjetiva.

¹⁰¹ *Código de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 168

Essa modalidade de continência ocorre quando duas ou mais pessoas forem acusadas da mesma infração.

Ao tratar da chamada continência por cumulação subjetiva, Cícero Robson Coimbra Neves pondera que a mesma “condensa às hipóteses de concurso (necessário ou eventual) de pessoas; por exemplo, no crime de motim (crime plurissubjetivo ou de concurso necessário), todos os autores, em regra, devem figurar no mesmo processo penal militar”.¹⁰²

Vale lembrar que a continência por cumulação subjetiva difere da conexão por concurso, uma vez que naquela existem várias pessoas cometendo um único crime, enquanto nesta há várias pessoas cometendo vários crimes.

A segunda hipótese de continência é a que versa sobre o concurso de crimes, também conhecida por continência objetiva.

Ocorre na hipótese de uma única pessoa praticar várias infrações em concurso (concurso formal) e está prevista no artigo 100, alínea “b” do Código de Processo Penal Militar.

Para Cícero Robson Coimbra Neves, no Código de Processo Penal Militar, a continência por cumulação objetiva “ocorre na hipótese de uma única pessoa praticar várias infrações em concurso, coincidindo com a alínea “b” do art. 100 do CPPM; condensa as hipóteses de concurso formal de crimes, erro de execução e *aberratio criminis*”.¹⁰³

¹⁰² *Manual de Direito Processual Penal Militar em Tempos de Paz*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 495.

¹⁰³ Ob. cit., p. 495.

Uma vez verificada a conexão ou continência com a conseqüente reunião processual, impõe-se saber qual o foro que prevalecerá sobre os demais, ou seja, para qual foro será deslocado o processo que a princípio a competência para conhecê-lo e julgá-lo seria de outro.

Nesse sentido, Fernando da Costa Tourinho Filho explica que “evidente que, nas hipóteses de conexão e continência, como deve haver um *simultaneus processus*, é preciso que uma infração exerça *vis atractiva* sobre as demais, prorrogando, assim, a competência do juízo da atração”.¹⁰⁴

Hélio Tornaghi afirma que “outro consectário da continência e da conexão é a derrogação da competência *ratione loci* ou *ratione materiae* e a determinação da competência por vinculação (juiz prevalente).¹⁰⁵

O Código de Processo Penal Militar, art. 101, determina as regras para a eleição do foro prevalente ao dispor que na determinação da competência por conexão ou continência serão observadas as regras referentes à jurisdição cumulativa, foro onde for cometida a infração mais grave, foro onde cometido maior número de infrações, foro residual e graus de jurisdição.

Por jurisdição cumulativa entende-se a possibilidade de o mesmo processo poder ser julgado por diversos órgãos do Poder Judiciário da mesma categoria, ou seja, em que há dois ou mais juízos aptos a julgar o mesmo processo, de modo que, por conta de conexão ou continência, a partir de então o Código de Processo Penal Militar dispõe sobre as regras para a prevalência do foro competente.

¹⁰⁴ Ob. cit., p. 284.

¹⁰⁵ *Compêndio de Processo Penal*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967, Tomo I, p. 335.

A primeira regra acerca da prevalência de foro está descrita no artigo 101, inciso I, do Código de Processo Penal Militar, o qual disciplina que no concurso entre a jurisdição especializada e a cumulativa, preponderará aquela.

Segundo Cícero Robson Coimbra Neves,

“em outros termos, se houver a possibilidade de um órgão julgar o caso, mas se o caso puder ser julgado por outro órgão (jurisdição cumulativa), havendo em adição outra questão, por exemplo, conexa, de competência apenas de determinado órgão, a competência deste órgão prevalecerá sobre a daquele”.¹⁰⁶

Assim, também são as palavras de Fernando da Costa Tourinho Filho quando acentua que “se houver relação de conexidade ou continência entre crime da competência da Justiça Especial e crime da competência da Justiça Comum, o órgão competente para conhecer de ambos os crimes é o da Justiça Estadual”.¹⁰⁷

Outra disposição a ser observada diz respeito foro prevalente onde foi cometida a infração mais grave. A esse respeito, o artigo 101, inciso II, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar normatiza que no concurso de jurisdições cumulativas prevalecerá a do lugar da infração, para a qual é cominada pena mais grave.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci aduz que

¹⁰⁶ Ob. cit., p. 495.

¹⁰⁷ Ob. cit., p. 287.

“tendo em vista que o primeiro critério de escolha é o referente ao lugar da infração, é possível que existam dois delitos sendo apurados em foros diferentes, tendo em vista que as infrações originaram-se em locais diversos. Assim, elege-se qual o mais grave deles para a escolha do foro prevalente”.¹⁰⁸

Cícero Robson Coimbra Neves pondera que se trata de uma questão lógica que os crimes sejam julgados no local onde teve maior abalo. Nesse sentido, aduz que

“haverá, nesse caso, a prevalência da circunscrição competente para julgar o crime de maior pena em abstrato, que, ao menos em tese, teve maior abalo como consequência do delito, visto que comanda a lógica que, quanto maior a pena, maior a gravidade da infração penal e, portanto, maior a afetação da comunidade local”.¹⁰⁹

Já na hipótese de as penas serem de igual gravidade, o artigo 101, inciso II, alínea “b”, do Código de Processo Penal Militar traz a regra segundo a qual prevalecerá o foro do lugar onde houver ocorrido o maior número de infrações.

Seguindo a lógica que será competente o foro onde o crime causou maior abalo, na hipótese de crimes de igual gravidade, resta que a competência seja deslocada para aquele onde houve maior número de crimes e, por conseguinte, maior desassossego da sociedade.

¹⁰⁸ Ob. cit., p. 142.

¹⁰⁹ Ob. cit., p. 496.

Essa é a conclusão de Guilherme de Souza Nucci ao resumir que “ora, a circunscrição onde houve o maior número de delitos sofreu a maior perturbação, razão pela qual atrai o crime praticado em lugar vizinho”.¹¹⁰

Não sendo possível determinar o foro prevalente pelas regras antes apresentadas, ou seja, foro onde cometido o maior número de infrações ou foro onde foi cometida a infração mais grave, ter-se-á como prevalente o foro pela prevenção, ou seja, aquele onde o juízo primeiro tomou conhecimento dos processos.

Essa é a hipótese de foro residual estabelecido pela prevenção a que faz menção o Código de Processo Penal Militar no artigo 101, inciso II, alínea “c”, ao normatizar, *in verbis*, que “firmar-se-á a competência pela prevenção, nos demais casos, salvo disposição especial deste Código”.

Para Marco Antonio Marques da Silva e Jayme Walmer de Freitas, trata-se de “norma de encerramento, que, por trazer a solução quando não se mostrar possível a determinação da competência pelas regras antecedentes, firmar-se-á pela prevenção”.¹¹¹

Aqui também vale a ressalva de Ada Pellegrini Grinover, Antonio Carlos de Araújo Cintra e Cândido Rangel Dinamarco, no sentido de que “a prevenção de que fala frequentemente a lei não é fator de determinação nem de modificação de competência. Por força da prevenção permanece apenas a competência de um entre vários juízes competentes, excluindo-se os demais. *Prae-venire* significa chegar primeiro; juiz prevento é o que em primeiro lugar

¹¹⁰ Ob. cit., p. 142.

¹¹¹ Ob. cit., p. 171.

tomou contato com a causa”.¹¹²

Como exposto no tópico sobre jurisdição, sob o enfoque do duplo grau de jurisdição, ou seja, o julgamento originário e o em grau de recurso, há a distinção entre jurisdição superior e inferior, algo que, como repisado, não afeta em nada o seu caráter de unidade.

Nesse passo, o artigo 101, inciso III, do Código de Processo Penal Militar dispõe que no concurso de jurisdição de diversas categorias, predominará a de maior graduação.

A esse respeito, merece indicar o entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal por meio da Súmula nº 704, *in verbis*: “não viola as garantias do juiz natural, da ampla defesa e do devido processo legal, a atração por continência ou conexão do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de uma dos denunciados”.¹¹³

Há entendimento doutrinário em sentido contrário ao posicionamento do Supremo Tribunal Federal.

A esse respeito, Fernando da Costa Tourinho Filho faz perguntas e chega à conclusão distinta quando assim escreve:

“E se houver conexão ou continência envolvendo pessoas que devam ser processadas e julgadas pelo STF, ou STJ, ou Tribunal Regional Federal, e outras não elencadas nos arts.

¹¹² Ob. cit., p. 244.

¹¹³ Data de Aprovação: Sessão Plenária de 24/09/2003. Fonte de Publicação: DJ de 9/10/2003, p. 6.

102, 105 e 108 da CF ? A competência desses Tribunais vem fixada na Lei Maior, como nesta não existe nenhuma regra explícita, ou implícita, permitindo-lhes o julgamento de outras pessoas além daquelas ali elencadas, e não podendo a lei ordinária alterar-lhes a competência, segue-se deva haver a disjunção dos processos. Na verdade, se a Constituição não permite a esses Tribunais o julgamento de outras pessoas, como poderia ocorrer o *simultaneus processus*?”.¹¹⁴

Em contraponto a essa visão, Marco Antonio Marques da Silva e Jayme Walmer de Freitas observam que “malgrado o texto constitucional não abranja a conexão, tal qual faz no rito do júri (CF, art. 5º, XXXVIII) as normas processuais servem para explicitar as regras gerais”.¹¹⁵

As regras de conexão e continência, com base na segurança jurídica e na economia processual, têm por finalidade evitar decisões conflitantes e assegurar a busca da verdade real em um único processo.

Entretanto, há exceções a essa regra, hipóteses em que não haverá o *simultaneus processus*, justamente porque a reunião de processos pode trazer consequências indesejadas.

O artigo 102 da lei processual castrense traz as exceções à conexão e continência quando assinala que a conexão e a continência determinarão a unidade do processo, salvo: a) no concurso entre a jurisdição militar e a comum; b) no concurso entre a jurisdição militar e a do Juízo de Menores.

¹¹⁴ Ob. cit., p. 285.

¹¹⁵ Ob. cit., p. 172.

Como exposto, a primeira exceção às regras de conexão e continência ocorre no concurso entre a jurisdição militar e a comum, e está prevista no artigo 102, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar.

Algumas ponderações devem ser feitas a esse dispositivo. Vale trazer à baila que o Superior Tribunal de Justiça editou a Súmula n.º 53, no sentido de que “Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar civil acusado da prática de crime contra instituições militares Estaduais”.

O Superior Tribunal de Justiça também editou a Súmula n.º 90, ao dispor que “Compete à Justiça Estadual Militar processar e julgar o policial militar pela prática de crime militar, e a Comum pela prática do crime comum simultâneo”.

O artigo 102, alínea “b”, do Código de Processo Penal Militar determina que não incidirão as regras da conexão ou continência quando houver concurso entre a jurisdição militar e a da Vara da Infância e Juventude.

Em primeiro lugar, deve-se ter em mente que, por força do artigo 228 da Constituição Federal, os menores de dezoito anos são penalmente inimputáveis, estando, portanto, sujeitos às normas da legislação especial.

Nesse passo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei Federal n.º 8.069/90) dispõe em seu artigo 104 que são penalmente inimputáveis os menores de dezoito anos, sujeitos às medidas previstas nesta Lei.

Mais adiante, esse mesmo diploma legal normatiza em seu artigo 148, inciso I, que a Justiça da Infância e da Juventude é competente para conhecer de

representações promovidas pelo Ministério Público, a fim de apurar ato infracional atribuído a adolescente, com aplicação das medidas cabíveis.

Portanto, a Vara da Infância e Juventude tem competência absoluta (e sobreposta a qualquer outra) para julgar processos que envolvam atos infracionais praticados por menores de 18 anos de idade, ainda que os mesmos estejam tipificados no Código Penal Militar.

Contudo, é digno de nota que a Lei Federal n.º 4.375/64 (Lei do Serviço Militar) permite, em tempos de paz, a prestação do Serviço Militar como voluntário a partir dos 17 (dezesete) anos de idade (art. 5º, § 2º).¹¹⁶ Entretanto, caso um menor, nessa condição, venha a cometer conduta tipificada no Código Penal Militar não há falar em crime, mas sim em ato infracional, cujo julgamento é de competência da Vara da Infância e Juventude, haja vista tratar-se de competência absoluta.

Agora, vejamos o desaforamento. Desaforamento é uma espécie de prorrogação de competência consistente na alteração do foro de julgamento por conta de algumas situações previstas na lei processual castrense.

O Código de Processo Penal Militar prevê o desaforamento em seu artigo 109 e estabelece as hipóteses em que pode ocorrer a competência para decidi-lo, assim como quem tem legitimidade para requerê-lo.

O desaforamento pode ser requerido no interesse da ordem pública, da justiça ou da disciplina militar. Cabe, ainda, em benefício da segurança pessoal

¹¹⁶ LOBÃO, Cêlio. *Código Processual Penal Militar*. 2ª ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2004, p. 264.

do acusado. Por fim, ante a impossibilidade de se constituir o Conselho de Justiça ou quando a dificuldade de constituí-lo ou mantê-lo retarde demasiadamente o curso do processo.

Com relação à garantia da ordem pública, mister chamar a atenção para conceitos vagos acerca dessa expressão, sendo que todos partem da premissa estereotipada de tranquilidade social.

A falta de uma definição precisa sobre o que seria a defesa da ordem pública abre uma janela para um extenso campo de interpretações banais, sempre pautadas em argumentos demagógicos e ou esdrúxulos, sendo utilizada como uma espécie de panaceia por aqueles defensores do discurso da lei e da ordem.

Entretanto, como bem observado por Guilherme de Souza Nucci, “se um julgamento na Justiça Militar colocar em risco a ordem pública, parece-nos difícil convencer a sociedade de que há segurança pública”.¹¹⁷

Outra hipótese que merece observação é que concerne à manutenção da disciplina militar, evidenciado tratar-se de fundamentação inerente ao ambiente castrense.

O pedido de desaforamento deve ser feito sempre à instância superior onde o processo tramita, podendo ser feito tanto pelo juízo (juízo das Auditorias Militares ou Conselho de Justiça) como pelas partes (acusado ou Ministério Público).

¹¹⁷ Ob. cit., p. 153.

Não há que se falar em violação da garantia do juiz natural, uma vez que o desaforamento está previsto em lei, além de o mesmo ter por finalidade assegurar outros princípios constitucionais, direitos e garantias do acusado.

Esse é o entendimento de Guilherme de Souza Nucci quando expõe que

“não há ofensa ao princípio do juiz natural, porque é medida excepcional, prevista em lei e válida, portanto, para todos os réus. Aliás, sendo o referido princípio uma garantia à existência do juiz imparcial, o desaforamento se presta justamente a sustentar essa imparcialidade, bem como a garantir outros importantes direitos constitucionais (como a integridade física do réu e a celeridade do julgamento)”.¹¹⁸

Vejam os a temática da prorrogação de competência, a teor do 103 do Código de Processo Penal Militar, em caso de conexão ou continência. O juízo prevalente, na conformidade do art. 101, terá a sua competência prorrogada para processar as infrações cujo conhecimento, de outro modo, não lhe competiria.

Segundo Cícero Robson Coimbra Neves “a prorrogação da competência consiste na admissão de alteração de competência delineada pela norma, em especial a norma processual penal militar, o que, obviamente, ocorre, em regra, somente com os casos de competência relativa.”¹¹⁹

Ainda de acordo com esse autor, “pode ser necessária, nos casos de imposição legal, como ocorre nos casos de conexão ou continência, ou então, voluntária, quando naqueles casos de competência relativa não há ataque da

¹¹⁸ Ob. cit., p. 152.

¹¹⁹ Ob. cit., p. 492.

parte no momento processual adequado, operando-se a preclusão, passando a ser competente aquele órgão que, *prima facie*, era incompetente.¹²⁰

Sobre a prorrogação da competência relativa, José Frederico Marques destaca que se trata de prorrogação de competência voluntária (tácita) e “ocorre quando nos casos de competência *ratione loci* em que houve preclusão do direito de declinar do foro”.¹²¹

Cabe, ainda, abordar a questão da *perpetuatio jurisdictionis*. O artigo 104 da lei processual penal militar dispõe que verificada a reunião dos processos, em virtude de conexão ou continência, ainda que no processo da sua competência própria venha o juiz ou tribunal a proferir sentença absolutória ou que desclassifique a infração para outra que não se inclua na sua competência, continuará ele competente em relação às demais infrações.

Anota-se, ainda, uma observação sobre a separação de julgamentos. A separação de julgamentos está prevista no artigo 105 do Código de Processo Penal Militar, o qual normatiza que separar-se-ão somente os julgamentos se, de vários acusados, algum estiver foragido e não puder ser julgado à revelia, e se os defensores de dois ou mais acusados não acordarem na suspeição de juiz de Conselho de Justiça, superveniente para compô-lo por ocasião do julgamento.

Por ser relevante, cabe tecer considerações sobre a separação de processos. Segundo o artigo 106 da lei processual castrense, o juiz poderá separar os processos em três hipóteses, quais sejam: a) quando se tratar de infrações praticadas em situações de tempo e lugar diferentes; b) quando for excessivo o número de acusados, para não lhes prolongar a prisão; e c) quando

¹²⁰ Idem.

¹²¹ Ob. cit., p. 246.

ocorrer qualquer outro motivo que ele próprio repute relevante.

A separação processual prevista pelo artigo 106 é facultativa e tem por finalidade preservar a instrução processual, visando uma maior eficiência e eficácia processual. Hoje, pode-se falar que, em certa medida, a separação processual atende à a garantia da duração razoável do processo.

A primeira hipótese de separação de processo ocorre quando as infrações tiverem sido praticadas em situações de tempo e lugar diferentes.

A segunda hipótese trata do excessivo número de acusados, para não lhes prolongar a prisão.

Aqui é importante ter em mente que um processo com vários réus faz com que a instrução processual torne-se naturalmente demorada. Em tais casos, a fim de se evitar o excesso de prazo na prisão cautelar dos acusados, desnaturando-a para uma forma de punição antecipada, pode o juiz decidir pela separação dos processos. Evidentemente não se cogita tal hipótese quando os acusados estiverem em liberdade.

A separação de processo por motivo relevante permite que o julgador, a partir do caso concreto e suas circunstâncias, tenha discricionariedade para determinar a separação dos processos.

É claro que, em tais casos, tal decisão haverá de ser fundamentada conforme o mandamento do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Faz-se necessária, ainda, apreciar a questão da avocação de processos.

Se, não obstante a conexão ou a continência, forem instaurados processos diferentes, a autoridade de jurisdição prevalente deverá avocar os processos que tramitem perante os outros juízes, salvo se já estiverem com sentença definitiva. Neste caso, a unidade do processo só se dará ulteriormente, para efeito de soma ou de unificação de penas. É, pois, o disposto no artigo 107 do Código de Processo Penal Militar.

Com efeito, tem-se que a avocação é um dever e não mera faculdade do juízo prevalente.

Para Eduardo Espínola Filho, “a avocação nem é uma faculdade concedida ao juiz prevalente; é-lhe imposta como cumprimento de dever do cargo”.¹²²

Fernando da Costa Tourinho Filho segue a mesma linha quando afirma que

“o juiz prevalente que tenha competência para o processo e julgamento, ciente de que perante outros juízos estão em andamento processos que deveriam, pela relação de conexão ou continência, estar juntos àquele que estiver tramitando perante ele, deverá officiar a esses juízos, se possível historiando os fatos, mostrando ser o prevalente e, finalmente, chamando a si aqueles processos”.¹²³

Vale lembrar, por oportuno, que o referido dispositivo de lei trata da

¹²² *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Atualizado por José Geraldo da Silva e Wilson Lavorenti. Campinas: Bookseller, 2000, vol. II, p. 231.

¹²³ Ob. cit., p. 221.

hipótese de avocação de processos, e não de inquérito policiais militares, contudo, há entendimento que entende perfeitamente possível a reunião de inquéritos policiais. A esse respeito, Guilherme de Souza Nucci pondera que “sendo útil ao esclarecimento e busca da verdade real, pode-se providenciar a junção dos inquéritos, por determinação judicial”.¹²⁴

Conforme se depreende da redação do referido dispositivo legal, não cabe a avocação se um dos processos já tiver sido julgado (em primeira instância). E aqui se trata de uma questão de lógica porque, se a reunião de processos tem por finalidade permitir ao juiz ter à sua frente um quadro probatório único, não há motivo para se reunir processos onde já se encerrou a instrução processual.

A esse respeito, vem a propósito a Súmula nº 235 do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que, *in verbis*: “A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado”.

Caso um dos processos tenha sido julgado, a lei processual castrense anota que a unidade do processo só se dará ulteriormente, para efeito de soma ou de unificação de penas, o que deve ocorrer em fase de execução penal.

Destaca-se, ademais a prerrogativa do posto ou da função. Nos termos do artigo 108 do Código de Processo Penal Militar, a competência por prerrogativa do posto ou da função decorre da sua própria natureza, e não da natureza da infração, e regula-se estritamente pelas normas expressas no aludido Código.

Trata-se de regra sobre o chamado foro privilegiado, o qual visa proteger a hierarquia e a disciplina, não importando o crime cometido, mas sim o posto e

¹²⁴ Ob. cit., p. 150.

a função do agente.

Importa salientar a princípio que, de acordo com a Lei Federal nº 6.880/80 (Estatuto dos Militares), posto é o grau hierárquico do oficial, enquanto função militar é o exercício das obrigações inerentes ao cargo militar (respectivamente, arts. 16, § 1º, e 23 da referida lei).

Sobre o tema, Célio Lobão pondera que a norma “tem em vista preservar a disciplina, a hierarquia militar, valores que merecem proteção da lei penal e processual penal militar”.¹²⁵

Fernando da Costa Tourinho Filho observa que “há determinadas pessoas que, independente de condições de fortuna, posição social, raça ou credo, que exercem, no cenário político-jurídico de nossa terra, funções relevantes, e em atenção a essas funções gozam elas de foro especial, isto é, não são processadas e julgadas como qualquer do povo, pelos órgãos comuns, mas pelos Tribunais. Assim, em razão dessas funções, não seria justo, a nosso sentir, devessem elas, quando do cometimento de uma infração penal, ser julgadas pelos órgãos de primeira instância ou primeiro grau”.¹²⁶

Divergindo daqueles que entendem que a norma visa dar maior relevo ao cargo ocupado pelo agente, Guilherme de Souza Nucci não vê motivo para essa desigualdade entre os cidadãos. Para esse autor, “se à justiça cível todos prestam contas igualmente, sem qualquer distinção, natural seria que a regra valesse também para a justiça criminal, pois não está julgando o cargo, mas sim a pessoa que cometeu um delito”.¹²⁷

¹²⁵ Ob. cit., p. 173.

¹²⁶ Ob. cit., p. 260.

¹²⁷ Ob. cit., p. 151-152.

Jorge César de Assis mostra que

“hoje, este dispositivo do CPPM está mitigado, podendo-se falar, tão-somente, em competência pela prerrogativa do posto, visto competir ao Superior Tribunal Militar processar e julgar, originariamente, os oficiais gerais das Forças Armadas (LOJMU, art. 6º, I, “a”, primeira parte), tendo a Lei nº 8.719, de 19.10.1993, revogado a 2ª parte da alínea “a” do inc. I, do art. 6º, da LOJMU – que previa a prerrogativa de função para os crimes militares praticados pelos Governadores de Estado e do Distrito Federal, além de toda a alínea “b”, do mesmo dispositivo, que previa igual prerrogativa perante o Superior Tribunal Militar, para o processamento e julgamento de crimes militares praticados pelo Juiz-Auditor, membros do Ministério Público Militar e Defensores Públicos junto à Justiça Militar”.¹²⁸

3.3.4. Competência originária

Como já assinalado, o artigo 124 da Constituição Federal dispõe que à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei. O parágrafo único desse dispositivo constitucional normatiza que a lei disporá sobre a organização, o funcionamento e a competência da Justiça Militar.

A Lei Federal nº 8.457/92, art. 6º, que organiza a Justiça Militar da União, aduz que compete ao Superior Tribunal Militar processar e julgar

¹²⁸ *Código de Processo Penal Militar Anotado*. 2ª ed., São Paulo: Juruá, 2006, vol. I, p. 181.

originariamente os oficiais generais das Forças Armadas nos crimes militares definidos em lei.

Nos termos do artigo 125 da Constituição Federal, os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. *Pari passu*, o § 1º desse dispositivo traz que a competência dos Tribunais será definida na Constituição do Estado. Mais adiante, o § 3º do referido artigo constitucional dispõe que a lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar Estadual, constituída, em primeiro grau, pelos juizes de Direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes. Já o § 4º normatiza 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, 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. Por fim, o § 5º aduz que compete aos juizes 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 de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

O artigo 81 da Constituição do Estado de São Paulo prevê que o Tribunal de Justiça Militar paulista tem competência originária para processar e julgar o Comandante Geral da Polícia Militar e o Chefe da Casa Militar nos crimes militares.

A Constituição de Minas Gerais não concede ao Tribunal de Justiça

Militar daquele Estado competência para julgar originariamente as ações criminais propostas em face de oficiais coronéis. Nessa linha, o Regimento Interno do Tribunal Militar não pode fixar foro especial por prerrogativa de função.

Assim como os exemplos paulista e mineiro, o Tribunal Militar do Estado Gaúcho é órgão de segundo grau de jurisdição da Justiça Militar Estadual.

Segundo o artigo 234 da Lei Estadual n.º 7.356/80, que dispõe sobre o Código de Organização Judiciária do Estado do Rio Grande do Sul, compete ao Tribunal Militar daquele Estado processar e julgar originariamente os coronéis da Brigada Militar, nos crimes militares.

3.3.5. Conflitos de competência

Inicialmente, cabe assinalar que o Código de Processo Penal Militar emprega o *nomem juris* “conflito de competência” (arts. 111 e ss), enquanto o Código de Processo Penal traz a nomenclatura “conflito de jurisdição” (arts. 113 e ss.).

Trata-se, no entanto, de questão meramente semântica, pois como adverte José Frederico Marques “na terminologia da legislação pátria, a expressão usada para se resolverem conflitos de competência é também a de conflito de jurisdição”.¹²⁹

Seguindo nessa linha, Guilherme de Souza Nucci aduz que “o Código de Processo Penal Militar optou, corretamente, pela nomenclatura adequada:

¹²⁹ MARQUES, José Frederico. *Da Competência em Matéria Penal*. Atualizado por José Renato Nalini e Ricardo Dip. Campinas: Bookseller, 2000, p. 395.

conflito de competência”¹³⁰.

Nesse orbe, tendo em vista os inúmeros órgãos jurisdicionais, pode ocorrer de dois ou mais juízes ou órgãos jurisdicionais reconheçam simultaneamente a competência para julgar determinado processo ou mesmo rejeitem, declinem, enfim recusem a competência para tanto.

Como dito, o conflito de competência é tratado nos artigos 111 *usque* 121 da lei processual castrense.

O artigo 111 estabelece que as questões atinentes à competência resolver-se-ão assim pela exceção própria como pelo conflito positivo ou negativo.

Sobre a legitimidade para se suscitar o conflito, a norma processual a concede ao acusado, ao Ministério Público e à própria autoridade judiciária *ex officio* (CPPM, art. 113).

O Código de Processo Penal Militar dispõe no artigo 114 que o conflito será suscitado perante o Superior Tribunal Militar pelos auditores ou os Conselhos de Justiça, sob a forma de representação, e pelas partes interessadas, sob a forma de requerimento, fundamentados e acompanhados dos documentos comprobatórios. Quando negativo o conflito, poderá ser suscitado nos próprios autos do processo.

O mesmo *codex* traz no artigo 120 a figura da advocatória, em que o

¹³⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Militar Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 154.

Superior Tribunal Militar restabelecerá sua competência sempre que invadida por juiz inferior.

Sobre essa figura processual, Guilherme de Souza Nucci pondera que a advocatória “é o instrumento processual utilizado por tribunal superior para determinar o encaminhamento a si de processo sujeito à sua competência. Cuida-se de reafirmação da competência de Corte em face de juízo ou tribunal inferior”.¹³¹

Na Justiça Militar Estadual, especialmente em São Paulo, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça Militar traz, em seus artigos 99 e ss., as disposições sobre o conflito de competência.

O parágrafo único desse dispositivo regimental coloca que os juízes (inclusive os Conselhos de Justiça), sob a forma de representação, o Ministério Público e a parte interessada, por via de petição, darão parte escrita e circunstanciada do conflito, dirigida ao Presidente do Tribunal, expondo as razões da divergência e juntando os documentos necessários à prova do conflito.

Tratando-se de conflito de competência em sede de primeiro grau, os conflitos de competência serão suscitados por representação dos juízes de direito, dos Conselhos de Justiça, ou a requerimento das partes interessadas (RITJMSP, artigo 101).

Após os trâmites procedimentais, no que incluem manifestações dos juízes em conflito e da Procuradoria de Justiça, os autos serão julgados pelo Tribunal Pleno, que ao decidir o conflito, declarará qual é o juiz competente para

¹³¹ Ob. cit., p. 156.

a matéria, podendo reconhecer a competência de outro juízo que não o suscitante ou o suscitado, e se pronunciará, também, sobre a validade dos atos do juiz que oficiou sem competência legal (RITJMSP, art. 104; CPPM, arts. 116, 117 e 118).

Em orbe de segundo grau de jurisdição, o RITJMSP preceitua que a parte, o Ministério Público ou qualquer juiz que deva proferir decisão no feito podem provocar manifestação, conforme o caso, do Pleno ou da Câmara sobre a competência da Justiça Militar para tratar de questão submetida à apreciação de outro juízo (art. 106).

Uma vez reconhecendo a existência do conflito, o Presidente do Tribunal encaminhará os autos ao Superior Tribunal de Justiça (RITJMSP, art. 100). A esse respeito, o artigo 105, I, “d”, da Constituição Federal normatiza que compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar, originariamente, os conflitos de competência entre quaisquer tribunais, ressalvado o disposto no art. 102, I, “o”, bem como entre tribunal e juízes a ele não vinculados e entre juízes vinculados a tribunais diversos.

O artigo 102, I, “o”, da Carta Magna dispõe que compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe processar e julgar originariamente os conflitos de competência entre o Superior Tribunal de Justiça e quaisquer tribunais, entre Tribunais Superiores, ou entre estes e qualquer outro tribunal.

E o Código de Processo Penal Militar não diverge da Constituição Federal, uma vez que em seu artigo 121 traz que a decisão de conflito entre a autoridade judiciária da Justiça Militar e a da Justiça Comum será atribuída ao

Supremo Tribunal Federal.

Segundo o artigo 115 do Código de Processo Penal Militar, tratando-se de conflito positivo, o relator do feito poderá ordenar, desde logo, que se suspenda o andamento do processo até a decisão final.

Por fim, o artigo 119 do Código de Processo Penal Militar (reproduzido pelo art. 104, § 4º, do RITJMSP), impõe que não cabe recurso da decisão do conflito de competência (salvo, evidente, o questionamento através de *habeas corpus*).

De acordo com o artigo 112, inciso I, “a”, do Código de Processo Penal Militar, tem-se conflito positivo de competência quando duas ou mais autoridades judiciárias entendem, ao mesmo tempo, que lhes cabe conhecer do processo.

Segundo José Frederico Marques, “no conflito positivo de jurisdição, os órgãos judiciários reivindicam sua competência”.¹³²

Por outro lado, nos termos do artigo 112, inciso I, “b”, da lei processual militar, dá-se conflito negativo de competência quando cada uma de duas ou mais autoridades judiciárias entenderem, em igual contexto, que cabe à outra conhecer do mesmo processo.

Ao tratar do conflito negativo de competência, Guilherme de Souza Nucci expõe que

¹³² *Da Competência em Matéria Penal*. Atualizado por José Renato Nalini e Ricardo Dip. Campinas: Bookseller, 2000, p. 396.

“é hipótese mais comum que o positivo, pois significa que o caso chegou às mãos de um determinado juízo, passando por sua criteriosa análise; após, houve o entendimento de se tratar de feito da competência de outra Auditoria, para onde o remete. Muitas vezes, resolve-se nessa fase, com a aceitação da competência pelo juízo receptor. Entretanto, se este o refutar, nasce o conflito negativo de competência. Quem deve suscitá-lo é o segundo juízo, vale dizer, aquele que recebeu o feito, já recusado pelo anterior. Não é viável que devolva novamente ao primeiro para que este suscite o conflito; afinal ele não o criou, mas somente recusou a sua competência. Nasce, automaticamente, o conflito quando o receptor do feito nega a sua competência”¹³³.

Em suma, este capítulo reúne questões diversas sobre matéria processual penal, com ênfase em regras dogmáticas relacionadas à jurisdição e à competência, a fim de oferecer subsídios para as discussões atreladas ao bem jurídico.

3.3.6. A Súmula n.º 297 do Supremo Tribunal Federal

Conquanto alguns julgados apontem que se mostra superada a Súmula n.º 297 do Supremo Tribunal Federal,¹³⁴ decisões outras existem em sentido contrário, restringindo a competência da Justiça Militar.

¹³³ Ob. cit., p. 155.

¹³⁴ “Oficiais e praças das milícias dos Estados no exercício de função policial civil não são considerados militares para efeitos penais, sendo competente a justiça comum para julgar os crimes cometidos por ou contra eles”. (vide STF, RHC 56049-RTJ 87/47 e HC 82142-RTJ 187/670).

Embora possa parecer distante do objeto aqui discutido, o presente trabalho também aborda o julgamento feito por aqueles que, atipicamente, estão na função de julgador, adentrando, pois, às questões psicológicas da formação do militar que inevitavelmente terão reflexos em suas decisões, haja vista que se cria uma espécie de graduação, onde num plano inferior estão os direitos e garantias do cidadão – pouco importando se militar ou não – e, em outro, superior, estão a hierarquia e a disciplina, de modo que na colisão entre elas, estas tendem a prevalecer – mas não deveriam.

Com relação se vigente ou não a Súmula n.º 297 do Supremo Tribunal Federal, não obstante a posição de que está superado o referido entendimento de há muito sumulado (vide RHC n.º 56.049/SP - STF), ocasião em que se sugeriu a reformulação do citado verbete, por outro lado, é sabido que não houve sua revogação, cancelamento ou, até mesmo, revisão, continuando ela a servir de norte ao Poder Judiciário. Mais do que isso, voltou, recentemente, a ser aplicada.

Assim, cabe referir, no tocante à inteligência da Súmula n.º 297 do Pretório Excelso, que o Superior Tribunal Militar já pontificou que os crimes tipificados no Código Penal Militar, em face de membro das Forças Armadas quando este está em função de natureza civil, tem competência a Justiça Comum, e não a Justiça Militar:

“Desacato – serviço externo de policiamento – competência. Civil acusado de desacato a soldados do exército em serviço externo de policiamento local e de trânsito. Apelo colimando, preliminarmente, anulação do processo por incompetência da justiça militar federal e, no mérito, pela reforma da sentença

condenatória por atipicidade da conduta. Comprovado que os militares encontravam-se exercendo atividade de policiamento externo e de trânsito quando, ao admoestar civil em razão de estacionamento irregular do seu automóvel, foram desacatados. Atividades de policiamento externo de trânsito exercidas pelos militares do exército não podem ser consideradas como função de natureza militar por não se ajustarem à destinação constitucional das forças armadas. fato típico imputado não caracteriza crime de competência da justiça militar da união por não se amoldar às hipóteses do artigo 9º do CPM. Precedentes do excelso pretório. Acolhida a preliminar para, anulando-se o feito *ab initio*, determinar a remessa dos autos à justiça comum do Estado do Rio de Janeiro” (STM – Rel. Min. Tenente Brigadeiro-do-Ar Carlos de Almeida Baptista – Apelação n. ° 48.029-3/RJ – j. 30.4.1998)

É, ainda, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“RHC. Desacato a policial militar. Patrulhamento de trânsito. Função civil. Justiça militar. Incompetência. Nulidade do processo. Conforme jurisprudência desta corte e do colendo STF, não pode ser considerada como função de natureza militar, para a configuração de crime militar, nos termos do art. 9º, inciso III, 'd' e 299, ambos do CPM, atividade de policiamento e fiscalização de trânsito. Nulidade do processo a partir da denúncia, inclusive, ante a flagrante incompetência da justiça militar para julgar o feito. Remessa dos autos à justiça

comum. Recurso provido”. (STJ – 5ª t. - Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca – RHC 11.376/SP – j. 2.8.2001).

Finalmente:

“Processo penal. Conflito positivo de competência. Justiça comum estadual e justiça militar. Briga conjugal. Tentativa de homicídio. Crime cometido por PM, fora de suas funções (folga), contra outro PM no exercício de atividade de manutenção da ordem. Atividade inerente a polícia civil. Súmula 297/STF. Competência da justiça comum estadual. 1. O fato de a vítima ser policial militar, em serviço, não atrai a competência da justiça castrense, porquanto que estava em atividade inerente à polícia civil estadual, ou seja, na manutenção da ordem pública, atendendo a chamado de agressão entre cônjuges, sendo um deles o autor dos disparos. incidência da súmula 297/STF. 2. Precedentes (STF, Pleno, HC 72.022/PR e STJ, 3ª Seção, C.C n. ° 34.028/SP). 3. Conflito conhecido e provido para declarar competente o d. juízo de direito de Pedreira/SP, ora suscitado” (STJ – 3ª seção – C.C n. ° 27.596/SP – Rel. Ministro Jorge Scartezini – j. 24.3.04).

Desse modo, em sendo inegável a função policial civil da atividade desenvolvida pela Polícia Militar, entendendo que a distinção entre polícias civis e militares se dá porque a uma cabe a atividade de investigação e a outra o policiamento ostensivo e repressivo, entendendo o legislador constituinte que uma dessas instituições deveria seguir modelo em que mais presentes a hierarquia e a disciplina, tem-se que a Súmula n.º 297 do Supremo Tribunal

Federal deve, sim, irradiar seus efeitos às instâncias inferiores e não, como se cogitou, ser revista.

4. Processo Penal Militar e Bem Jurídico

4.1. Contornos ao bem jurídico-penal e o papel social do agente

O século XXI marca a preocupação estatal em torno da efetiva proteção do bem jurídico-penal, linha de pensamento indispensável à consolidação dos direitos humanos fundamentais, o que guarda sintonia com a concretização do

Estado Democrático de Direito sinalizado na Carta da República de 1988.

A questão não se limita ao plano teórico. Ao contrário, irradia efeitos para além do horizonte penal e atinge diretamente, em particular, a questão da fixação da competência processual penal, campo fértil de longas e tormentosas discussões doutrinárias e jurisprudenciais. E a problemática recai, mais precisamente, ao que nos interessa, na seara penal militar. Nela, o papel social do agente desponta como foco de nossa atenção.

Conforme salienta Marco Antonio Marques da Silva, “não é possível mais aceitar o formalismo legalista da função judicial, porquanto no Estado Democrático de Direito não mais cabe a simples interpretação da norma como algo indiferente de toda e qualquer análise do mundo que o rodeia”.¹³⁵ A propósito, cabe rememorar as considerações de Enrico Tullio Liebman: “as formas são necessárias, mas o formalismo é uma deformação”.¹³⁶

Fixadas essas balizas inaugurais, passa-se ao exame do bem jurídico propriamente dito.

A preocupação sobre a temática do bem jurídico remonta à passagem da idade média para a idade moderna, período de significativas transformações políticas que repercutiram em todo o tecido social. Tem-se o fim do feudalismo e o início do mercantilismo. O avanço da ciência - e de novas tecnologias - é marcante. Rompe-se a harmoniosa relação entre fé e razão (característica

¹³⁵ *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 5.

¹³⁶ *In Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco, vol. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986, p. 258.

preponderante da idade média, onde tudo era fruto da intervenção divina). Dá-se um basta à doutrina escolástica. A fé assume importância apenas lateral na conjuntura política. A crítica ao magistério religioso ganha contornos inimagináveis. O cenário político elege a supremacia da razão humana, e não mais a inspiração divina. É a racionalidade que assume a direção da vida moderna. O homem, pois, coloca-se como o centro de preocupação da vida política. A razão, com efeito, seria o instrumento mais importante para explicar a realidade social. A filosofia política da época, então, não se mostrava mais dependente da ética, da moral. O Renascimento, portanto, garantia a governabilidade do “Estado” por meio de determinados padrões de comportamento. E tudo isso era garantido pela lei, instrumento por excelência de controle da conduta social.

É, neste ponto, que se forma um sistema de proteção social, como base nos valores preponderantes da época. Tais valores, incorporados pela lei, passam a ter o *status* de bem jurídico.

E, pois, a associação desses valores à lei penal faz surgir a ideia de bem jurídico-penal. Nesse passo, afirma-se que a “necessidade cria a defesa e com a alteração dos interesses, varia o número e a espécie de bens jurídicos”.

Vê-se, portanto, que a noção de bem jurídico emerge a partir do Renascimento, no qual se consolidou o divórcio entre o pecado e o crime, entre a Igreja e o Estado. A igreja passaria a cuidar do pecado. O Estado, por sua vez, cuidaria dos fatos considerados criminosos e, enfim, atentatórios aos interesses dos indivíduos e da coletividade.

Trata-se, num certo sentido, da posição de Ludwig Feuerbach, que sustentava que o crime seria uma lesão a um direito do indivíduo ou do Estado.

Extrai-se, dessa forma, que o bem jurídico seria a expressão de um direito, significado que, ao longo do século XIX, contou com algumas transformações.

Assim, assenta-se a natural dificuldade de avaliação do núcleo essencial do bem jurídico tutelado pelo texto normativo. E a razão é muito simples: o bem da vida sujeito à proteção jurídica sofre constantes inflexões em seu conteúdo ao longo da eficácia normativa. Explica-se. A dinâmica social forma e conforma os valores indispensáveis ao convívio humano e, com isso, dá-se a gradativa incorporação desses valores pela ordem jurídica. Noutras palavras, o interesse social (o bem da vida relevante ao corpo social) precede à própria construção da norma jurídica. O Direito apenas referenda, pelo texto escrito, os valores suprapositivos consagrados pelo interesse da coletividade. Sucede, entretanto, que tais valores da realidade social, por natureza, são cambiantes, o que acentua a dificuldade para a identificação de critérios válidos e universais em termos de hermenêutica jurídica.

No campo penal, a lógica de proteção do bem jurídico segue o mesmo percurso, com certas particularidades.

A primeira sugere que a intervenção da instância penal punitiva aplica-se após o esgotamento de todas as vias possíveis de controle social. É, aliás, daí que surge a noção de intervenção penal como a última *ratio*. O Direito Penal,

portanto, não cria o bem da vida, mas, sim, o eleva à categoria de objeto merecedor de proteção excepcional junto à política criminal.

A segunda reconhece que a própria construção da realidade normativa penal traz, em si, certa carga de abstração (ancorada na matriz principiológica igualmente abstrata), o que naturalmente confere contornos imprecisos ao bem jurídico-penal a proteger¹³⁷. É, aliás, num certo sentido, o que levou Hans Welzel a considerar o bem jurídico como portador de um contorno “maleável”.

E a terceira particularidade destaca a atuação do Direito Penal em domínios pouco transitados pela atual dogmática jurídica. Aqui, é de se referir à intervenção penal que atravessa áreas diversificadas da vida social, ora na dimensão coletiva (criminalidade difusa), ora na esfera individual, e que se apoia na própria exigência da nossa sociedade complexa, que brada, sem delongas, pela imediata - até mesmo desmedida - intervenção do direito penal, tudo em favor de critérios de duvidosa validade, sob as perspectivas da liberdade e, talvez o que seja pior, da segurança pública.

Por fim, é a própria vida pós-moderna que favorece a crise que circunda o bem jurídico-penal, particularmente pelos devaneios que alimentam o incontido desejo social de imediata punição sem limites. No ponto, relativamente à exposição do bem jurídico-penal às intempéries da vida social e à variedade de teorias que se desenvolvem em torno dele, cita-se:

“Em alguns casos, não se trata pois de uma rejeição

¹³⁷ Aqui, os conceitos jurídicos indeterminados ganham proeminência.

generalizada à ideia de bem jurídico senão da crise que sofre o conceito quando aparece exposto à complexa realidade política e social atual. Dessa forma, muitas teorias falam de bens jurídicos diferenciados: bens individuais, bens sociais, bens macrossociais, bens institucionais etc.”¹³⁸.

E tudo isso pode enfraquecer, senão esvaziar, a eficácia pretendida pelo Direito Penal, porquanto “mascara-se, por meio do prestígio de que goza a contundência da reação penal, a ausência de outras medidas de intervenção social realmente eficazes”¹³⁹.

Mas não é só. A crise que atinge o bem jurídico-penal é também decorrente da política criminal que instaura a criminalização de condutas abstratamente consideradas, num quadro de profunda violação ao princípio da lesividade. Destacam-se, aqui, os crimes de perigo abstrato, antecipando cada vez mais e mais a incidência da tutela penal.

A criminalização de condutas tipicamente administrativas tende a retirar o caráter ontológico e talvez principal do direito penal. É mais um traço de política criminal que compromete a avaliação do conteúdo material do bem jurídico.

A posição da vítima no contexto da política criminal também chama

¹³⁸ GOMES, Luiz Flávio (Coord.); YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *As grandes transformações do direito penal tradicional*. Tradução da 2ª parte de Lauren Paoletti Stefanini. Revisão da tradução de Alice Bianchini. Série: *As ciências criminais no século XXI*, vol. 13, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 75.

¹³⁹ BIANCHINI, Alice; ANDRADE, Léo Rosa. *Inoperatividade do direito penal e flexibilização das garantias*. In: Brito, Alexis Augusto Couto de; Vanzolini, Maria Patrícia (Coord.). *Direito penal: aspectos jurídicos controvertidos*. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2006, p. 34.

atenção. De algum modo, a vítima é abstraída do âmbito de proteção efetiva da norma, o que nos leva a questionar a validade do bem jurídico ali supostamente preservado pelo Estado.

A adoção do princípio da insignificância na legislação castrense constitui outro exemplo que denota a variação do conteúdo do bem jurídico, como se observa pelo contexto sociopolítico de edição do Código Penal Militar¹⁴⁰. Vale ressaltar sua disposição legal que possibilitou a desclassificação da lesão corporal levíssima para a infração disciplinar (CPM, art. 209, § 6º), bem como a que considera mera infração administrativa os crimes contra o patrimônio praticados sem violência ou grave ameaça desde que a *res* seja de valor inferior a 1/10 (um décimo) do salário-mínimo (CPM, art. 240, §§ 1º e 2º, e art. 253). Uma autêntica esquizofrenia legislativa porque o aludido Estatuto, draconiano em tantas passagens, foi vanguardista quanto ao tratamento legislativo da matéria sob comento.

De tudo, vê-se que o conteúdo do bem jurídico-penal aperfeiçoa-se à política criminal adotada, que, por sua vez, não é linear, a ponto de ser aplicada, indistintamente, a diversas realidades, o que também indica a variabilidade do conteúdo do bem jurídico. E a tentativa de construir um grau de certeza mais consistente em torno dele fez surgir variadas teorias destoantes entre si.

Na linha dogmática, de um lado, entende-se que o Direito Penal presta-se finalisticamente à proteção de um bem jurídico determinado, um bem da vida de valor juridicamente relevante sob a perspectiva empírica.

¹⁴⁰ Aqui, cabe referir a clarividente ingerência “política” que norteou a construção do Código de Processo Penal Militar, como se infere de sua Exposição de Motivos.

D'outra banda, ao contrário, sustenta-se que o Direito Penal, de *per si*, estaria voltado tão somente à validade da norma, à reafirmação do direito posto, a uma proteção de índole abstrata. Trata-se de uma postura jurídica que se limita a valorizar o comando da norma penal, e, por conseguinte, reflexamente, preserva o bem da vida tutelado. É, num certo sentido, a concepção de Günther Jakobs.

Em síntese, duas perspectivas do Direito Penal que poderiam ser apresentadas da seguinte forma: a primeira preservaria o bem jurídico, sob o enfoque empírico; a segunda, por si só, a reafirmação da validade da norma jurídica.

Perfilhamo-nos ao entendimento de que o fim colimado pelo Direito Penal, em um Estado que aspira ser democrático, é reservado à tutela apenas de lesões reais, efetivas, ao bem da vida juridicamente importante, já que a “simples transcrição do objeto da lei não fundamenta um bem jurídico”¹⁴¹.

Atenta ao exagero da concepção normativista do Direito Penal, tem-se a posição de Claus Roxin:

“Essa postura fundamenta-se, no entanto, em um normativismo exagerado. É certo que a pena contribui para a estabilização da norma; a despeito de que essa não seja –

¹⁴¹ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do direito penal*. Organização e Tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 21.

contrariamente ao que pensa Jakobs, sua única finalidade. A estabilização da normativa não é um fim em si mesmo, mas deve contribuir para que lesões reais ou sociais (ou seja, lesões de bens jurídicos) não ocorram no futuro. Ela serviria, ao final, à proteção de bens jurídicos e perderia, sem esta última, todo o sentido”¹⁴².

De qualquer sorte, sem prejuízo da postura que se pretenda encampar, faz-se imperioso lançar a pergunta: como garantir, de maneira satisfatória, a proteção do bem jurídico-penal? A resposta, parece-nos, caminha no sentido de reorientar especialmente a política criminal (nos âmbitos legislativo, executivo e judicial) ao princípio da proporcionalidade, a fim de conter as investidas legislativas descabidas e, sobretudo, realinhar a jurisprudência aos marcos teóricos político-jurídicos que arquitetaram a ordem constitucional vigente.

E, para tanto, não há um critério uniforme e universal para a validação do bem jurídico-penal. Inexiste regra exclusiva tendente a mensurar “o” valor (liberdade ou segurança, por exemplo) a ser prestigiado pela ordem jurídica. Tudo isso dito com outras palavras, pondera Gilmar Ferreira Mendes:

“É importante perceber que a prevalência de um direito sobre outro se determina em função das peculiaridades do caso concreto. Não existe um critério de solução de conflitos válido em termos abstratos. Pode-se, todavia, colher de um precedente um viés para a solução de conflitos vindouros.

¹⁴² ROXIN, Claus. *Novos estudos de direito penal – Direito Penal e criminologia*. Organização de Alaor Leite. Tradução de Luís Grecco. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 72-73.

Assim, diante de um precedente específico, será admissível afirmar que, repetidas as mesmas condições de fato, num caso futuro, um dos direitos tenderá a prevalecer sobre o outro”¹⁴³.

Aliás, no que toca aos valores de liberdade e segurança, cita-se a referência de Zygmunt Bauman:

“a segurança e a liberdade são dois valores igualmente preciosos e desejados que podem ser bem ou mal equilibrados, mas nunca inteiramente ajustados e sem atrito. De qualquer modo, nenhuma receita foi inventada até hoje para esse ajuste”¹⁴⁴.

Vê-se, com efeito, a indissolúvel relação de implicação entre bem jurídico e Direito Penal.

Mas não é só.

A importância do estudo do bem jurídico não se limita à interpretação da normal penal substantiva, estendendo seus tentáculos à competência no processo penal militar e, aqui, mostra-se relevantíssima a condição de militar ou civil do agente, bem como seu papel social,¹⁴⁵ além de outros vetores interpretativos

¹⁴³ MENDES, Gilmar; BRANCO, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 185.

¹⁴⁴ BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003, p. 11.

¹⁴⁵ Sem prejuízo de haver divergência quanto à matéria, há julgados atentando mais ao papel social do agente do que ao disposto no artigo 9º e incisos do estatuto repressivo castrense:

constitucionais, v.g., a efetivação da Súmula nº 297 do Supremo Tribunal Federal.

4.1.1. Bem jurídico e teoria tridimensional do direito

Inicialmente, cabe analisar a relação entre o bem jurídico e a teoria tridimensional do direito.

Sabe-se que o Direito, ciência social aplicada, é produto de uma realidade histórico-cultural em permanente modificação.

Para Miguel Reale, em síntese, “Direito é uma integração normativa de fatos segundo valores”,¹⁴⁶ corolário da dialética de complementariedade, uma vez que não há norma legal sem a motivação axiológica dos fatos sobre os quais os valores incidem.

E nesse quadrante, a buscar o conceito de direito, tem-se que a nomogênese jurídica é o momento de sua realização, cuidando o processo de criação da norma da análise de fatos e valores em determinado momento histórico.

Com efeito, tem nascedouro a elaboração de uma norma jurídica nos impulsos axiológicos que incidem sobre situações fáticas, fornecendo, com isso,

“Crime de uxoricídio praticado por militar. Competência da justiça comum. Embora o militar tenha matado sua mulher no interior da casa em que ambos residiam, situada em zona sob a administração militar, a justiça comum é a competente para julgar o crime, porque a aludida administração não interfere na privacidade do lar conjugal, máxime no relacionamento do casal, do qual resultou o uxoricídio. 'Habeas corpus' indeferido” (STF – HC 58883/RJ – Rel. Ministro Soares Munoz – j. 25.5.81).

¹⁴⁶ *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 119.

diversas opções normativas.

Ainda segundo Miguel Reale, a norma jurídica não surge do nada como consequência da dialética de polaridade e implicação entre fatos e valores, porquanto a norma não necessita do ato de autoridade que elege um dos caminhos possíveis através da aplicação de uma determinada sanção.¹⁴⁷

Melhor explicando, por critérios de conveniência e oportunidade, aliadas a condições outras que se sobressaem em certo tempo e lugar, a autoridade opta, como dito, por uma das possibilidades, no que verdadeiro o axioma que toda regra jurídica é um ato de escolha.¹⁴⁸

A norma jurídica, uma vez promulgada, resultado da tensão entre complexo fático e impulsos axiológicos, poderá, ao longo do tempo, sofrer modificações em seu significado mesmo que inalterada sua redação. É a Semântica Jurídica, parte da Lógica Jurídica, que se destina ao exame da variação do significado das regras de direito.¹⁴⁹

Miguel Reale esclarece que a norma é como uma ponte elástica, assim entendida em razão das variações semânticas pelas quais pode passar em função de novos fatos, elasticidade esta que tem um limite sob pena de se chegar a um momento em que não se resiste e, com isso, acontece abrupto rompimento,¹⁵⁰ no que melhor seria sua revogação.

E, em se falando de revogação, sabido e consabido que uma norma só pode ser revogada por outra de igual ou superior categoria, pensamento que

¹⁴⁷ Ob. cit., p.124.

¹⁴⁸ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 557.

¹⁴⁹ Ob. cit., p. 124.

¹⁵⁰ *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 127.

revela uma meia verdade, uma vez que assim se pode entendê-la no plano da vigência, mas não da eficácia. É, igualmente, de recidiva sabença que existem leis, embora não vigentes, mas sem eco no corpo social, existindo somente formalmente. Nesse caso, como o desuso contínuo não retira sua validade, caberá ao intérprete “encapsulá-las no bojo de outras normas, de modo a atenuar-lhes o ruinoso efeito”.¹⁵¹

Aliás, não por outra razão a ponderação de Carlos Maximiliano no sentido de que “a exegese pode variar, com o tempo, e deve efetivamente mudar. Incumbe ao juiz interpretar a lei conforme a opinião dos homens inteligentes da sua época; ver no presente um desdobramento do passado, e não a fiel imagem deste, fixa, marmórea, inalterada; conciliar a tradição com a realidade, graças ao método histórico-evolutivo”.¹⁵²

Na linha de raciocínio proposta, não diverge Eduardo Couture ao considerar que no estudo do Direito não se pode ser “um lógico que fabrica silogismos”,¹⁵³ em que a lei é a premissa maior, o caso concreto é a premissa menor, e a sentença, a conclusão.

Isso porque o intérprete vocacionado, esclarecido pela hermenêutica, valendo-se dos princípios que têm por missão conferir coerência ao sistema, “afirma o que o legislador decretaria, se previsse o incidente e o quisesse prevenir ou resolver”,¹⁵⁴ sabedor que “a interpretação do direito se realiza não como mero exercício de leitura de textos normativos, para o quê bastaria ao intérprete ser alfabetizado”.¹⁵⁵

¹⁵¹ REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010, p. 556.

¹⁵² *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 117-118.

¹⁵³ *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. São Paulo: Forense, 1998, p. 57.

¹⁵⁴ MAXIMILIANO, Carlos. ob. cit., p. 12

¹⁵⁵ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 2ª ed.,

O Direito é uma dimensão da vida e, em sendo assim, tridimensional, não bastando sua análise somente e tão somente pelo ângulo da norma.

Inegável que a norma jurídica é o ápice da experiência jurídica, mas assim o é somente quando não se ignora o complexo fático e os imperativos axiológicos de um certo momento, haja vista que é dessa tensão que ela surgirá.

Assim, pode-se afirmar que o sistema jurídico no tridimensionalismo *realeano* é aberto, incompleto, dinâmico e prospectivo, formado por um subsistema de fato, outro subsistema de valor e, por último, um subsistema de norma.

Para Miguel Reale, numa inclinação à esfera criminal, o delito é entendido como uma estrutura normativa dotada de tridimensionalidade, resultante, pois, de uma integração de fatos e valores, segundo normas. O crime, assim, não é somente a materialidade do fato, como não é apenas a norma, mas o fato e a norma que adquirem conotações jurídicas em virtude de uma opção axiológica e um ato prescritivo da autoridade.¹⁵⁶

E, emprestando suas luzes ao conceito formal de crime, aponta Miguel Reale que tipicidade, antijuridicidade e a culpabilidade são dados essenciais de todo o delito. E nele, - como textualmente escreve - “se integram e se correlacionam para dar-nos a plenitude de seu significado, devendo aquelas notas determinantes ser examinadas analítica e sintaticamente como elementos distintos de uma unidade estrutural, ficando concomitantemente atendidos, de

São Paulo: Malheiros, 2003, p. 88.

¹⁵⁶ Cf. LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. 2ª ed. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2003, p. 291.

um lado a intencionalidade pessoal e irreduzível do agente, e de outro, o significado social objetivo de sua conduta”.¹⁵⁷

E da prática do crime, após o devido processo legal, tem-se a imposição de uma reprimenda, àquele que desequilibrou a ordem social, sendo que, de balde as divergências que enxergam na pena um viés retributivo, preventivo (geral ou especial), ou, ainda, misto, ponderada a observação de Miguel Reale no sentido de que “há nelas algo que as vincule a uma base ou a um propósito comum”,¹⁵⁸ conquanto, convém que se diga, adepto o precursor da Teoria Tridimensional do Direito ao entendimento de que a pena tem somente caráter retributivo.

4.1.2. Avaliação e escolha do bem jurídico

Expostas as linhas de aproximação entre bem jurídico e teoria tridimensional do Direito, passa-se a analisar a conjuntura política e social como fator de avaliação e escolha dos bens jurídicos a serem tutelados.

Como que delimitando a questão, aponta Sérgio de Oliveira Medici:

“A questão, portanto, está em definir qual o bem jurídico *preponderante* para a classificação sistemática. Para tanto, não se deve separar o que está unido, mas sim eleger o bem jurídico situado em primeiro lugar e tomar só a este como base para a classificação sistemática. Ressalte-se, ainda, que em tal classificação sistemática dos fatos puníveis existe certa arbitrariedade e que intervém ainda uma apreciação subjetiva. Por meio desta, porém, chega-se a uma decisão

¹⁵⁷ In *Preliminares ao Estudo da Estrutura do Delito*, na coletânea de ensaios *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*. São Paulo: Saraiva, 1978, p. 109.

¹⁵⁸ *Pena de Morte e Mistério*, in *O Direito como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 279.

importante sobre o que é o *mais transcendente* na essência do fato punível particular. De tal maneira, podem extrair-se da classificação sistemática dados de significação acerca do caráter do delito particular e pontos de apoio para a interpretação”.¹⁵⁹

A partir disso, tem-se que se ponto de vista penal, a norma visa a proteção de bens jurídicos relevantes para se manter a tranquilidade social, um mínimo de convivência pacífica entre os cidadãos, evidente que conforme a sociedade evolui, adotando novos valores e flexibilizando outros, assim como novas relações surgem de acordo com a evolução tecnológica e científica, o Direito Penal afrouxa suas amarras com relação a certos comportamentos diante da possibilidade de proteção a ser feita por outros ramos, e, por outro lado, direciona seu espectro de proteção sobre outros.

Para Francisco de Assis Toledo são “bens jurídicos valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”¹⁶⁰. E complementa no sentido de que “do ângulo penalístico, portanto, bem jurídico é aquele que enseja a exigir uma proteção especial, no âmbito das normas de direito penal, por se revelarem insuficientes, em relação a ele, as garantias oferecidas pelo ordenamento jurídico, em outras áreas extrapenais”¹⁶¹.

Portanto, do ponto de vista penal, o bem jurídico é variável conforme o tempo, estando intimamente ligado a questões político-sociais.

Nesse aspecto, José Cerezo Mir, ao prefaciá-la obra sobre o tema, aponta

¹⁵⁹ *Teoria dos Tipos Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 159.

¹⁶⁰ *Princípios básicos de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 16.

¹⁶¹ Ob. cit., p. 17.

que “na seleção dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal e nas formas de agressão diante das quais devem ser protegidos, desempenham um papel decisivo, ao lado das concepções ético-sociais e jurídicas, as orientações políticas dominantes em uma sociedade, num determinado momento histórico”.¹⁶²

Ainda nesse sentido, ou seja, sobre a influência que a conjuntura histórica e ético-social tem sobre os bens jurídicos a serem protegidos pelo Direito Penal, Francisco de Assis Toledo adverte que “é de se prever, porém, que, permanecendo as tendências da sociedade atual em profunda e rápida transformação, na qual encena-se, com grande gala, a tragédia da ascensão dos crimes violentos, o legislador penal, daqui e dali, sofrendo influência das doutrinas que pregam, há algum tempo, a descriminalização de certos fatos ainda considerados criminosos, mas sem repercussão na consciência social de nosso tempo, marchará certamente, cedo ou tarde, para uma profunda reforma do direito penal legislado, revalorizando e recolocando no centro da construção do novo sistema a proteção a bens jurídicos, por forma e dentro de limites que reflitam as reais necessidades do mundo em que vivemos”.¹⁶³

Para se entender de forma mais clara tudo o que aqui foi dito não é preciso um mergulho mais profundo na história. Basta ver que o adultério, tipificado como crime no Código Penal deixou de sê-lo décadas depois, com a revogação do art. 240 desse diploma legal por força da Lei n.º 11.106/05.

Ou seja, por conta da evolução do conceito de família (família monoparental, união estável, união homoafetiva etc) e tendo o casamento outras

¹⁶² In PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 8.

¹⁶³ Ob. cit., p. 19-20.

formas de proteção pelo próprio ordenamento jurídico (como, p. ex., Código Civil).

Assim, o adultério passou a ser visto apenas como algo antiético, o desrespeito aos deveres do casamento, no máximo um ilícito civil, e não mais como algo que afetasse a vida social a ponto de merecer tutela penal.

Por trás dessa evolução social e conseqüentemente legislativa está o caráter subsidiário e fragmentário do Direito Penal, traduzindo-o, repita-se, como *ultima ratio*. Em outras palavras, nunca é demais lembrar, o Direito Penal somente se justifica em último caso, quando outros ramos do Direito mostram-se incapazes de tomar a defesa e de proteger determinado bem jurídico.

Isso vai ao encontro do quanto ponderado por Claux Roxin quando aborda que os limites da faculdade de punir só podem resultar da finalidade que tem o Direito Penal, ou seja,

“que o Direito Penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosa... A finalidade do Direito Penal, de garantir a convivência pacífica da sociedade, está condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada quando impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas”.¹⁶⁴

4.1.3. Bem jurídico-penal militar

¹⁶⁴ *Estudos de Direito Penal*. Tradução Luís Greco. São Paulo: Renovar, 2006, p. 32-33.

Se é certo que a tutela dos bens jurídicos pelo Direito Penal sofre influências éticas, históricas, políticas e sociais, ou seja, é variável conforme o tempo, ou, em outras palavras, como outrora assinalou Recaséns Siches, o “*direito como produto de processos sociais*”,¹⁶⁵ evidente que o Direito Penal Militar não fica à margem dessa dogmática.

Até porque, conforme bem apontado por Claus Wilhelm Canaris, “uma determinada ordem jurídica positiva não é uma *ratio scripta*, mas sim um conjunto historicamente formado”.¹⁶⁶

Nesse passo, como dito ao longo do trabalho, atualmente é impossível a interpretação do Código Penal Militar e também do Código de Processo Penal Militar com a visão restrita dos tempos do regime de exceção de quando foram *decretados* por uma Junta Militar, inclusive sob o pálio do odioso Ato Institucional n.º 05.¹⁶⁷

A esse respeito, cumpre destacar que no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130, que afastou a validade da Lei n.º 5.250/67, a chamada Lei de Imprensa, destacou-se a necessidade de se espancar do ordenamento jurídico pátrio os escombros do período autoritário, contraditórios com a atual ordem democrática de direito.¹⁶⁸

¹⁶⁵ *Tratado de Sociologia*. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1968, vol. II, p. 693.

¹⁶⁶ *Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1996, p. 199.

¹⁶⁷ A título de ilustração, vale lembrar que o Decreto-lei n.º 1.001, de 21 de outubro de 1969, que institui o Código Penal Militar inicia-se com: “Os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes confere o art. 3º do Ato Institucional nº 16, de 14 de outubro de 1969, combinado com o § 1º do art. 2º, do Ato Institucional nº 5, de 13 de dezembro de 1968, decretam...”.

¹⁶⁸ Em seu voto no ADPF 130, o Ministro Relator Carlos Ayres Brito ressaltou que: “A atual Lei de Imprensa foi concebida e promulgada num prolongado período autoritário da nossa história de Estado soberano, conhecido como 'anos de chumbo' ou 'regime de exceção' (período que

Destarte, se a Lei n.º 5.250/67, fruto da vontade popular, discutida e trazida à luz pelos representantes do povo no Congresso Nacional foi tida por incompatível com o direito geral de liberdade, mais restrições ainda hão de cair sobre o Código Penal Militar e sobre o Código de Processo Penal Militar, pois diferentemente daquela, não são leis, mas sim Decretos-leis impostos por uma Junta Militar.

Ainda dentro do contexto histórico e social, não se pode deixar de lado que quando da decretação do Código Penal Militar e do Código de Processo Penal Militar, além de o Brasil estar sob um regime de exceção, num contexto marcado pela polaridade da Guerra Fria, fazia pouco mais de duas décadas que o mundo se via livre da 2ª Guerra Mundial (1939-1945).

Ainda nessa ótica, para se compreender aquele momento jurídico e político-social, vale lembrar também que desde a Proclamação da República, o Brasil tinha vivido poucos momentos de normalidade institucional, com muitos outros de verdadeira asfixia democrática e inconstância jurídica. Basta ver que após a Proclamação da República, em 1889, até 1969, ou seja, em 70 anos, foram promulgadas cinco Constituições Federais, a saber, 1891, 1934, 1937, 1946, 1967, além da Emenda Constitucional n.º 1 de 1969.

vai de 31 de março de 1964 a princípios do ano de 1985). Regime de exceção escancarada ou vistosamente inconciliável com os arejados cômodos da democracia afinal resgatada e orgulhosamente proclamada na Constituição de 1988. E tal impossibilidade de conciliação, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical, destarte), contamina toda a Lei de Imprensa: I - quanto ao seu ardiloso ou subliminar entrelace de comandos, a serviço da lógica matreira de que para 99 cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; II - quanto ao seu spiritus rectus ou fio condutor do propósito último de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder. Projeto de poder que, só para ficar no seu viés políticoideológico, imprimia forte contratura em todo o pensamento crítico e remetia às calendas gregas a devolução do governo ao poder civil”. In <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/adpf130.pdf>.

Com efeito, além dos militares que ascenderam à Chefia de Governo e de Estado logo após a queda do Império (Deodoro da Fonseca e Floriano Peixoto), caminhou-se por tortuosas sendas onde, por exemplo, vivenciou-se episódios como Guerra de Canudos, Guerra do Contestado, Revolta da Armada, Revolta da Chibata, Revolta dos Dezoito do Forte, Levante Integralista, Intentona Comunista, Revoluções de 1930 e 1932, Estado Novo etc.

Foi esse quadro histórico, aliás, que nos legou uma Polícia Militar, pois ao contrário do que muitos pensam, a existência de uma polícia militarizada não nasce com o Golpe de 1964, mas muito antes, com a Força Pública. Nesse sentido, conforme apontado por Jorge da Silva Giulian, o embrião da Polícia Militar, a extinta Força Pública, tinha por finalidade, “agir como força de defesa estadual (semelhante às missões atribuídas às Forças Armadas), atuando em guerras (Contestado, Revolução de 1930, 1932, a Intentona Comunista em 1935, etc...) tendo como missão principal a não subversão dos regimes e poderes constituídos”¹⁶⁹.

Evidente, pois, o terreno movediço que se apoiavam as ordens jurídica e político-social que, em certa medida, até poderiam justificar um Direito Penal Militar mais abrangente.

Atualmente, entretanto, vive-se outros ares, com uma Constituição Federal que prestigia valores e princípios de caráter democráticos e com inexorável compromisso com a Dignidade da Pessoa Humana – com a prevalência dos Direitos Humanos - , a defesa da paz, a solução pacífica dos conflitos, a não intervenção, entre outros.

¹⁶⁹ In *Unificação Policial Estadual no Brasil*. São Paulo: AEA Edições Jurídicas, 2002, p. 42.

Nos dias atuais, por exemplo, é inconcebível a visão belicosa e totalmente divorciada dos Direitos Humanos que, à guisa de exemplo, o então Comandante Geral da Polícia Militar do Estado de São Paulo tinha nos idos dos anos 1970:

“A Polícia Militar vive em eterna guerra. A guerra de rua testa o Comandante e sua liderança. A Polícia Militar só será eficiente quando os seus Oficiais forem líderes e não apenas chefes. Com estes líderes é que a tropa irá para a luta de rua. No dia a dia enfrentamos o 'esgoto' da sociedade. Só com homens bem comandados é que poderemos canalizar o 'excremento' da sociedade para os devidos locais”.¹⁷⁰

Como apontado por Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva:

“É preciso acreditar que não podemos mais viver com a exclusão de grupos e pessoas. Devemos purificar o sentimento de humanidade, buscando integrar e reintegrar aqueles que se encontram marginalizados das mais diversas formas; a sociedade globalizada tem que tratar a todos com respeito e dignidade, garantindo-lhes cidadania”.¹⁷¹

Nesse novo contexto, Claudio José Langroiva Pereira afirma que o “o aumento gradativo da expectativa de vida do ser humano, principalmente em países em desenvolvimento, a ausência de um conflito mundial, pós segunda guerra, e a conseqüente superpopulação mundial sustentaram a necessidade de

¹⁷⁰ TORRES DE MELO, Francisco Batista. *Um Comando de Polícia Militar*. São Paulo: edição do autor, p. 109.

¹⁷¹ In *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quatier Latin. 2008, p. 17.

reavaliação de prioridades na proteção social”¹⁷².

A seguir nessa linha, consegue-se extrair certa razão do senso comum quando este vincula as questões militares ao estado de beligerância e situações de anormalidade institucional. Afinal, qual a razão, por exemplo, de se aplicar o Direito Penal Militar a civis em tempos de paz?

Tirando as situações de anormalidade, restam às Polícias Militares, hodiernamente, a função de repressão ao crime, de natureza eminentemente civil, seguindo-se, portanto, o quanto sumulado pelo Supremo Tribunal Federal, em sua Súmula n.º 297.

Portanto, se é imprescindível entender o direito como produto de processos e progressos sociais, será que determinados comportamentos tido por criminosos em tempos idos podem atualmente ser vistos como atentatórios à ordem militar, a afetar bens jurídicos pertinentes ao serviço, à administração, à disciplina e à hierarquia, de modo que justifiquem a atuação do ramo que deve ser a *ultima ratio*?

Onde, por exemplo, uma briga de casal, mesmo que termine em vias de fato ou lesões corporais, cujo marido e mulher são militares, afeta a hierarquia e disciplina, a ponto de necessitar a intervenção do Direito Penal Militar a submetê-los à Justiça Militar? Não bastaria o Direito Civil ou, em casos extremos, a legislação penal extravagante (Lei Federal n.º 11.340/06)?¹⁷³

Indo mais adiante, fazendo valer o caráter subsidiário e fragmentário do

¹⁷² *Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais*. São Paulo: Quartien Latin, 2008, p. 21.

¹⁷³ Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher.

Direito Penal, entende-se que em muitos outros casos, hoje considerados crimes do ponto de vista militar, poderiam ter como resposta apenas a intervenção do Direito Administrativo, com punições disciplinares, demissão ou expulsão do infrator, por exemplo.

Isso vai ao encontro do quanto ponderado por Jorge de Figueiredo Dias quando este traz que

“o actual movimento em favor da 'eticização e purificação do direito penal', ao pretender que este só intervenha nos casos de insuportável violação de bens fundamentais da comunidade é, sem dúvida, também consequência da exigência processual de que os tribunais penais não sejam submersos por uma multidão de infracções de duvidoso relevo ético-social”.¹⁷⁴

Ora, se o direito aplicado na Justiça Militar tem de “ser um direito de tutela dos interesses socialmente relevantes ligados à função militar no âmbito de uma comunidade que decidiu ter Forças Armadas” consoante a visão de Eduardo Augusto Alves Vera Cruz Pinto,¹⁷⁵ atualmente se faz necessária a avaliação de quais bens jurídicos devam ser considerados como objeto de tutela penal.

E aí o mais correto seria limitar aos bens jurídicos ligados à defesa da pátria, garantia da independência, salvaguarda da soberania nacional ou, no plano das relações internacionais, que atentem contra os princípios da República da defesa da paz, da solução pacífica dos conflitos e da não intervenção.

¹⁷⁴ *Direito Processual Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 31.

¹⁷⁵ *Os Tribunais Militares e o Estado de Direito Democrático*. In *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. São Paulo: Quatier Latin. 2008, p. 61.

A análise do bem jurídico-penal militar deve, portanto, estar atrelada à expectativa social, evolutiva e adequada às condições de tempo e espaço, e, por conseguinte, aos princípios da subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal enquanto *ultima ratio*, o que significa dizer um sistema flexível e aberto, que depende de um sistema de valores sociais de forma ampla, ao contrário de um sistema anacrônico, sectário, de interpretação rígida, pautado por interpretação literal e à margem da Constituição Federal como ocorre atualmente, que atenda, portanto, não às expectativas da casta militar, mas, isto sim, de toda a sociedade.

Disso se conclui que o princípio do juiz natural ganha enorme relevância, não se podendo admitir que um civil tenha por juiz um militar, mormente quando, convém repetir, inexistente uma conjuntura que não se vislumbre qualquer risco à defesa da pátria, à garantia da independência, à salvaguarda da soberania nacional ou que atentem contra a defesa da paz mundial.

4.2. Interpretação do Código de Processo Penal Militar

O operador do Direito que, tal qual em outras áreas do conhecimento humano, passou a ser cada vez mais especialista arca com o ônus pelo isolamento de seu saber, porquanto essa hiperespecialização “impede tanto a percepção do global (que ela fragmenta em parcelas), quanto do essencial (que ela dissolve)”¹⁷⁶.

Fruto do momento político conturbado que passava o Brasil, como já dito, longe de dúvida que o Código de Processo Penal Militar foi elaborado de forma

¹⁷⁶ MORIN, Edgar. *Os Sete Saberes necessários à Educação do Futuro*. 11ª ed., São Paulo: Cortez Editora, 2006, p. 41.

a servir à classe que detinha o poder de forma autoritária,¹⁷⁷ motivo que faz impossível tolerar uma interpretação engessada daquele diploma, porquanto, segundo Ronald Dworkin, “(...) a aquiescência às leis evidentemente não é suficiente para a justiça; a aquiescência plena provocará injustiça muito séria se suas regras forem injustas”.¹⁷⁸

Não é por outra razão que se mostra valiosa a contribuição de Carlos Maximiliano sobre a interpretação e aplicação do Direito a partir dos fatos sociais¹⁷⁹ no sentido de que “o bom intérprete foi sempre o renovador insinuante, cauteloso, às vezes até inconsciente, dos sentidos das disposições escritas – o sociólogo do Direito”¹⁸⁰, complementando que “as mudanças econômicas e sociais constituem o fundo e a razão de ser de toda a evolução jurídica; e o Direito é feito para traduzir em disposições positivas e imperativas toda a evolução social”.¹⁸¹

E sendo fato que no Estado Democrático de Direito, os direitos fundamentais são consequência da própria soberania popular, devendo resultar a lei como um produto da vontade geral,¹⁸² observada a forma com que foram criados o Código Penal Militar e o Código de Processo Penal Militar, sem

¹⁷⁷ A própria Exposição de Motivos confirma o objetivo: “O processo penal militar tem sido até agora regido pelo Decreto-lei n. 925, de 2 de dezembro de 1938 (Código de Justiça Militar), que engloba a organização judiciária militar. As modificações que sofreu, no correr dos anos, não lhe atingiram a substância. Embora tenha sido instrumento útil à prática da Justiça Militar, a cujas necessidades procurou atender dentro de normas reputadas clássicas no processo penal brasileiro, podendo até ser considerado, sob certos aspectos, mais liberal que o Código de Processo Penal comum, promulgado em 1941, impunha-se a sua reforma para atender a novas solicitações assim de ordem jurídica como de ordem política, no âmbito processual militar”.

¹⁷⁸ *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 8.

¹⁷⁹ De outra forma, infelizmente, toda razão teria a personagem Mefistófeles quando disse que o Direito seria uma ciência sem progresso. Cf. Johann Wolfgang von Goethe. *Fausto*. São Paulo: Editora 34, 2004.

¹⁸⁰ *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 130.

¹⁸¹ Ob. cit., p. 131.

¹⁸² PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 38.

discussão pelo povo por meio dos legisladores que o representam, com mais viço ainda caberá ao intérprete verificar se os dispositivos ali previstos se coadunam com a atual ordem constitucional vigente.

É de rigor, então, que a leitura jurídica da Constituição se dê a partir do contexto político, econômico e social vigente.

Por isso, como observa Jorge Miranda, “há sempre que interpretar a Constituição”, já que, “só através desta tarefa se passa da leitura política, ideológica ou simplesmente empírica para a leitura jurídica do texto constitucional, seja ele qual for”¹⁸³.

Aliás, ensina José Afonso da Silva que:

“a tarefa da hermenêutica constitucional consiste em desvendar o sentido mais profundo da Constituição pela captação de seu significado interno, da relação de suas partes entre si e, mais latamente, de sua relação com o espírito da época – ou seja, a compreensão histórica de seu conteúdo, sua compreensão gramatical na sua relação com a linguagem e sua compreensão espiritual na sua relação com a visão total da época. Em outras palavras, o sentido da Constituição se alcançará pela aplicação de três formas de hermenêutica: a) a hermenêutica das palavras; b) a hermenêutica do espírito; c) a hermenêutica do sentido – segundo Richard Palmer – que prefiro

¹⁸³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed., Tomo II, item nº 55, Coimbra: Limitada, 1983, p. 224.

chamar de ‘hermenêutica contextual’.¹⁸⁴

Nesse sentido, aliás, expõe Luís Roberto Barroso relativamente à exegese de diplomas legais a partir do espírito constitucional:

“A interpretação conforme a Constituição pode ser apreciada como um princípio de interpretação e como uma técnica de controle de constitucionalidade. Como princípio de interpretação, decorre ela da confluência dos dois princípios anteriores: o da supremacia da Constituição e o da presunção de constitucionalidade. Com base na interpretação conforme a Constituição, o aplicador da norma infraconstitucional, dentre mais de uma interpretação possível, deverá buscar aquela que compatibilize com a Constituição, ainda que não seja a que mais obviamente decorra de seu texto. Como técnica de controle de constitucionalidade, a interpretação conforme a Constituição consiste na expressa exclusão de uma determinada interpretação da norma, uma ação corretiva que importa em declaração de inconstitucionalidade sem redução de texto. Em qualquer de suas aplicações, o princípio tem por limite as possibilidades semânticas do texto, para que o intérprete não se converta indevidamente em um legislador positivo”.¹⁸⁵

¹⁸⁴ SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 15.

¹⁸⁵ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*, 6ª ed., Saraiva: São Paulo, 2008, p. 371-372.

Ora, a Constituição Federal, retrato político da nação, que prevê o ideal a ser buscado pela sociedade, traz diversos princípios, destacados os que aqui interessam, a presunção de inocência e o devido processo legal, bem como o da necessidade de fundamentação das decisões judiciais, vindo o último a ganhar especial relevo por conta da característica do escabinato julgador no âmbito da Justiça Militar.

Nesse ponto, é de bom alvitre frisar que os princípios constitucionais são o arcabouço da interpretação da Lei,¹⁸⁶ pois, como ponderado por Ruy Samuel Espíndola, “desempenham a função de dar fundamento material e formal aos subprincípios e demais regras integrantes da sistemática normativa”,¹⁸⁷ complementando o mencionado autor que “os princípios se convertem igualmente em *norma normarum*, ou seja, norma das normas”.¹⁸⁸

Dito isso, no que tange à interpretação do Código de Processo Penal Castrense, a Lei Militar há de ser posta em prática consoante o espírito desses princípios garantidores da liberdade do cidadão, militar ou não.¹⁸⁹

Como ocorre em outros ramos do ordenamento, óbvio que a norma militar, penal ou processual, deverá ser interpretada em consonância com o texto constitucional e os princípios ali existentes, os quais, gostem ou não, se espraiam e alcançam todo o sistema.

¹⁸⁶ “(...) princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, *mandamentos de otimização*, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”. In. Robert Alexy. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, Malheiros: São Paulo, 2008, p. 90.

¹⁸⁷ *Conceito de Princípios Constitucionais*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 78.

¹⁸⁸ ob. cit., p. 79.

¹⁸⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 12ª ed., São Paulo: Malheiros, 1996.

Não é por outra razão que diz Celso Antônio Bandeira de Mello que:

“Violar um princípio é muito mais grave que transgredir uma norma. A desatenção ao princípio implica ofensa não apenas a um específico mandamento obrigatório, mas a todo o sistema de comandos. É a mais grave forma de ilegalidade ou inconstitucionalidade, conforme o escalão do princípio violado, porque representa insurgência contra todo o sistema, subversão de seus valores fundamentais, contumélia irremissível a seu arcabouço lógico e corrosão de sua estrutura mestra”.¹⁹⁰

Particularmente elucidativa é a ponderação de Roque Antonio Carrazza:

“Usando por comodidade didática, de uma analogia que é sempre feita por Geraldo Ataliba e Celso Antônio Bandeira de Mello, podemos dizer que o sistema jurídico ergue-se como um vasto edifício, onde tudo está disposto em sábia arquitetura. Contemplando-o, o jurista não só encontra a ordem, na aparente complicação, como identifica, imediatamente, alicerces e vigas mestras. Ora, num edifício tudo tem importância: as portas, as janelas, as luminárias, as paredes, os alicerces etc. No entanto, não é preciso termos conhecimentos aprofundados de Engenharia para sabermos que muito mais importantes que as portas e janelas (facilmente

¹⁹⁰ *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 808.

substituíveis) são os alicerces e as vigas mestras. Tanto que, se de um edifício retirarmos ou destruímos uma porta, uma janela ou até mesmo uma parede, ele não sofrerá nenhum abalo mais sério em sua estrutura, podendo ser reparado (ou até embelezado). Já, se dele subtrairmos os alicerces, fatalmente cairá por terra. De nada valerá que portas, janelas, luminárias, paredes etc., estejam intactas e em seus devidos lugares. Com o inevitável desabamento, não ficará pedra sobre pedra. Pois bem, tomadas as cautelas que as comparações impõem, estes 'alicerces' e estas 'vigas mestras' são os princípios jurídicos (...)”.¹⁹¹

E mais adiante prossegue:

“(...) princípio jurídico é um enunciado lógico, implícito ou explícito, que, por sua grande generalidade, ocupa posição de preeminência nos vastos quadrantes do Direito e, por isso mesmo, vincula, de modo inexorável, o entendimento e a aplicação das normas jurídicas que com ele se conectam”.¹⁹²

Se por um lado as Forças Armadas são “instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina” (artigo 142 da CF), não se tem o condão de por isso erigir os pilares de sustentação da vida na caserna ao *status* de princípio constitucional, justificando

¹⁹¹ CARRAZA, Roque Antonio. *Curso de direito constitucional tributário*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995, p. 29.

¹⁹² Idem, *ibidem*.

todo atentado à liberdade dos que vestem a farda com tal exegese, como se coubesse ponderação entre liberdade e hierarquia e disciplina.

Ademais, no escólio de Alfredo Augusto Becker, transferindo sua ideia ao objeto do presente estudo, tem-se que a autonomia do Direito Penal Militar e Processual Penal Militar “é um problema falso e falsa é a autonomia de qualquer outro ramo do direito positivo”,¹⁹³ tendo em vista

“(…) não poder existir regra jurídica independente da totalidade do sistema jurídico, a 'autonomia' (no sentido de independência relativa) de qualquer ramo do direito positivo é sempre e unicamente didática para, investigando-se os efeitos jurídicos resultantes da incidência de determinado número de regras jurídicas, descobrir a concatenação lógica que as reúne num grupo orgânico e que une este grupo à totalidade do sistema jurídico”.¹⁹⁴

Não por outra razão que no início dos estudos de graduação já se aponta que “a Ciência do Direito somente se revela como ciência madura quando as interpretações dos artigos completam-se através de uma visão unitária de todo o sistema”.¹⁹⁵

Daí a observação de Esmeraldino Olímpio Torres Bandeira:

“(…) seria erro evidente e gravíssimo qualificar o direito penal militar como um direito extraordinário e de

¹⁹³ *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963, p. 27.

¹⁹⁴ *ob. cit.*, p. 28-29.

¹⁹⁵ REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994, p. 322.

exceção”, porquanto se “o soldado não é uma exceção do homem, o direito penal militar não é uma exceção do direito penal commum”.¹⁹⁶

E prossegue o autor aduzindo que:

“(…) só a lei marcial, que surge com a guerra, é que forma um direito extraordinário e de exceção”, justamente porque “o direito penal militar é uma especialização e não uma exceção do direito penal commum, os princípios e preceitos básicos d'este constituem os preceitos e os princípios básicos d'aquelle”.¹⁹⁷

Cabe ao intérprete, evidentemente, adequar a norma ao seu tempo, assertiva que ganha maior importância quando cuida da exegese de texto que não veio à lume pelas mãos do povo, por meio do legislador que o representa, vez que o Código de Processo Penal Militar entrou em vigor sem discussão legislativa, parecendo oportuna a citação de São Paulo de que “*Bona est lex, si quis ea legitime utatur*”.

O Direito é o resultado de certo momento, representando as vontades da classe dominante, a qual “(…) manipula os instrumentos normativos e políticos necessários à manutenção de um padrão específico de manipulação”.¹⁹⁸

¹⁹⁶ BANDEIRA, Esmeraldino Olímpio Torres. *Tratado de direito penal militar brasileiro, Parte Geral*. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1925, p. 25.

¹⁹⁷ Idem, *ibidem*.

¹⁹⁸ DUARTE, Liza Bastos. *A impossibilidade humana de um julgamento imparcial*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n.º 12, p. 236, out/dez 2002.

Não por outra razão a colocação de Artur César de Souza:

“Basta uma análise do momento histórico em que se deu o aparecimento de determinado ordenamento jurídico para se constatar a falta de neutralidade do direito, principalmente do direito positivo de determinado Estado. A influência dos interesses escusos de eventual classe dominante conduz à realização e efetivação da 'ordem jurídica'”.¹⁹⁹

Então, se o Código de Processo Penal Militar servia à classe dominante como instrumento de controle, evidente que não era executada legitimamente, devendo o hermeneuta assimilá-la seguindo o conselho de Rui Barbosa:

“Boa é a lei, quando executada com retidão. Isto é: boa será, em havendo no executor a virtude, que no legislador não havia. Porque só a moderação, a inteireza e a equidade, no aplicar das más leis, as poderiam, em certa medida, escoimar da impureza, dureza e maldade, que encerrarem”.²⁰⁰

Assim, embora inúmeros doutrinadores de ontem e de hoje apontem o Direito Penal Militar e Processual Penal Militar como autônomos, não tem lugar referida posição hodiernamente, uma vez que impossível em um mundo cada dia mais globalizado estagnar no tempo a interpretação da norma como se estivéssemos ainda sob a égide do AI-5 no auge da ditadura, quando estamos

¹⁹⁹ SOUZA, Artur César de. *A parcialidade positiva do juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 144.

²⁰⁰ *Oração aos Moços*. São Paulo: Papagaio, 2003, p. 38.

cobertos pelos mantos da democracia.

Como se sabe, pela dicção do artigo 3º, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar, toda e qualquer interpretação da norma especial deverá se dar sem prejudicar a índole do diploma adjetivo castrense.

Como instrumento que visa assegurar a lei material penal militar, a qual objetiva em última análise salvaguardar a instituição e o serviço militar e seu arcabouço, a hierarquia e a disciplina, não seria exagero afirmar que o caráter do Código de Processo Penal Militar é justamente o de flexibilizar ou até mesmo ter ouvidos moucos para as garantias e direitos do acusado, sobretudo porque se trata de um diploma legal posto no ordenamento jurídico brasileiro por meio da força dos coturnos de uma junta militar, que governava o País quando vigente um período de exceção.

Assim, também não seria nenhum absurdo a assertiva segundo a qual o Código de Processo Penal Militar constitui um espólio do período ditatorial, fragmento dos escombros dos anos de chumbo, e, tão somente por isso, já há de ser visto algo em intransigente descompasso com a atual ordem constitucional.²⁰¹

Deparando-se com situações absurdas na interpretação, como, por exemplo, a que permite o Ministério Público arrolar o dobro das testemunhas indicadas pela defesa no momento processual oportuno, deverá o operador do Direito dar prevalência à visão sob a ótica da Constituição Federal, *ex vi* da

²⁰¹ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Ação de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 130, declarou que a Lei n.º 5.257/67 (Lei de Imprensa) é incompatível com a atual ordem constitucional. Nota-se que o principal argumento para tal decisão do Pretório Excelso foi o fato de a citada Lei ter tido gênese durante a ditadura militar, ainda que por meio de um legítimo processo legislativo. Assim, o que dizer de um Decreto-lei que não foi discutido nas Casas Legislativas, mas sim imposto por aqueles que detinham à força o Poder?

supremacia da Carta Magna.

Do mesmo modo, o § 3º do mesmo dispositivo constitucional assegura que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

Demais disso, vale lembrar que o Código de Processo Penal Militar expressamente disciplina em seu art. 1º, § 1º, que nos casos concretos, se houver divergência entre essas normas e as de convenção ou tratado de que o Brasil seja signatário, prevalecerão as últimas.

4.3. Formação dos juízes militares

Questão que se impõe é a que se refere à formação dos juízes militares, donde convém considerar que normalmente em julgamentos feitos por aqueles que fizeram das armas sua profissão, presente o risco de que o psiquismo do juiz temporário não consiga deixar de lado a ótica de superior hierárquico, não enxergando naquele que está no banco dos réus, no estro de Ortega y Gasset, um “homem e suas circunstâncias”, mas um subordinado que precisa ser exemplarmente disciplinado.

Isto porque, conquanto não se possa falar em juiz imparcial, pois este traz consigo todas as experiências e visões de mundo que forjou durante sua vida, é certo que na Justiça Militar tal observação ganha contornos mais acentuados, pois não são os direitos e garantias processuais constitucionais e a liberdade que surgem como premissas no julgamento, mas sim a hierarquia e a disciplina,

como se aqueles estivessem um degrau abaixo dessas, algo que, evidentemente, contraria toda a exegese do ordenamento jurídico.

Não é por outra razão que Álvaro Mayrink da Costa chamou a atenção no sentido de que “na esfera militar, é a *disciplina* e não a *liberdade* a nota suprema predominante e necessária”.²⁰²

E sobre essas ponderações, tem-se que não é de hoje que a psicologia eleva as academias militares ao *status* de “instituições totais”, as quais “são fatais para o eu civil do internado”, homogeneizando aqueles que ali estão agrupados através da “mortificação ou mutilação do eu”,²⁰³ acarretando uma socialização às avessas, inculcando no cadete uma mudança em sua autoconcepção de forma a ostentar o comportamento desejado pela força a que pertence,²⁰⁴ o que redundará em uma inflação da persona do militar que faz as vezes de juiz que não consegue desvestir seu uniforme para exercer a função judicante.

Aliás, não é por outra razão a ponderação de Michel Foucault: “O soldado é antes de tudo alguém que se reconhece de longe”.²⁰⁵ E arremata quando considera: “A disciplina 'fabrica' indivíduos; ela é técnica específica de um poder que toma os indivíduos ao mesmo tempo como objetos e como instrumentos de seu exercício”.²⁰⁶

Lídia Reis de Almeida Prado, acerca do tema, obtempera:

²⁰² *Crime Militar*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 33.

²⁰³ GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. 7ª ed, São Paulo: Perspectiva, 2001, p. 48-49.

²⁰⁴ Celso Castro. *O Espírito Militar – Um antropólogo na caserna*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2004.

²⁰⁵ *Vigiar e punir*. 30ª ed., Petrópolis: Vozes, 2005, p. 117.

²⁰⁶ *Idem*, p. 143.

“É evidente que a uniformidade e a certeza do Direito se debilitam na medida em que as personalidades de todos os juízes não são idênticas, e na medida em que os juízes não têm iguais hábitos mentais e emocionais”.²⁰⁷

Contudo, essa mesma autora, valendo-se de Jerome Frank, ainda pondera que:

“...a uniformidade levaria a consequências muito piores, pois implicaria escolher para a judicatura pessoas pouco talentosas, de mente rígida, estereotipada, predispostas a ignorar os matizes individuais de cada caso”.²⁰⁸

No que toca à preocupação da formação do juiz, vale a observação de José Renato Nalini:

“A Justiça brasileira tem o dever de fornecer à sua sociedade um juiz eficiente. Afinal, a eficiência é o critério para a aferição da legitimidade das instituições públicas no moderno Estado de Direito. E o que significa a formação adequada do juiz? Significa, em síntese singela, uma formação integral, que se pode subdividir, didaticamente, em formação prévia, formação inicial e formação permanente”.²⁰⁹

²⁰⁷ *O Juiz e a emoção*. 2ª ed., São Paulo: Millennium, Campinas, 2003, p. 18.

²⁰⁸ *Idem*, *ibidem*.

²⁰⁹ NALINI, José Renato. *Formação jurídica*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 143.

Eduardo Augusto Alves Vera Cruz Pinto, embora se posicione francamente favorável a uma Justiça Militar, afiança que dela devem ficar excluídos “todo o tipo de actos subjectivamente militares, isto é actos que podiam ser praticados por qualquer cidadão ou funcionário, não tendo qualquer conexão com as Forças Armadas, a não ser a qualidade de militar do agente (...)”.²¹⁰

Enfim, críticas não faltam ao modelo da Justiça Militar com seus juízes temporários formando a maioria do escabinato, os quais, ligados ao Poder Executivo, queira ou não queira, não se encontram completamente livres para decidir, já que não gozam da independência que desfruta aquele que veste a toga, pois, antes de qualquer coisa, são militares.

4.4. O julgamento de praças e a identidade física do juiz

No âmbito da Justiça Militar, os oficiais são julgados pelo Conselho Especial de Justiça, enquanto as praças o são pelo Conselho Permanente de Justiça.

Além da competência e da composição de cada um desses Conselhos de Justiça, outro traço que os distingue é a vinculação e transitoriedade de seus membros.

O Conselho Especial é constituído para cada processo e dissolvido após conclusão dos seus trabalhos, reunindo-se, novamente, se sobrevier nulidade do

²¹⁰ *Os tribunais militares e o estado de direito democrático in Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*, Coord. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, São Paulo: Quartier Latin, 2008, p. 61.

processo ou do julgamento, ou diligência determinada pela instância superior, ou seja, os membros desse Conselho vão do início ao fim do processo, do recebimento da denúncia, passando pela instrução até à sentença.

O mesmo não ocorre no caso do Conselho Permanente, já que a nomeação de juízes militares dura três meses, de modo que os juízes militares que fizeram a instrução do processo podem não ser necessariamente os que vão participar do seu julgamento, ou seja, não há a vinculação ao processo como ocorre no caso do Conselho Especial.

Nesse caso, vê-se que a Justiça Militar consagrou o princípio da identidade física do juiz no caso de julgamentos de oficiais, porém, não fez o mesmo para as praças, donde restar demonstrado mais um critério de distinção entre uns e outros.

É curioso notar que mesmo que o Código de Processo Penal Militar tenha nascido de uma Junta Militar, com atribuições advindas de um Ato Institucional em período de exceção, no que tange ao princípio da identidade física do juiz, o mesmo mostrou-se de vanguarda diante do Código de Processo Penal comum, ainda que, como dito, suas disposições limitassem ao julgamento de oficiais.²¹¹

Isto porque o princípio da identidade física do juiz somente foi positivado na legislação processual penal em 2008, por meio da Lei Federal n.º 11.719/08, a qual incluiu o § 2º ao artigo 399 do Código de Processo Penal.

²¹¹ A título de ilustração, vale lembrar que o princípio da identidade física do juiz já estava previsto no Código de Processo Civil de 1939, mais precisamente em seu art. 120, o qual dispunha que “O juiz transferido, promovido ou aposentado concluirá o julgamento dos processos cuja instrução houver iniciado em audiência, salvo si o fundamento da aposentação houver sido a absoluta incapacidade física ou moral para o exercício do cargo. Tal princípio foi reafirmado no atual Código de Processo Civil, mais precisamente no art. 132, no sentido de que “O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos ao seu sucessor”.

Portanto, no julgamento das praças, o não atendimento ao princípio da identidade física do juiz é, mais do que uma discriminação com relação aos oficiais, uma verdadeira afronta às garantias da ampla defesa e do contraditório.

Ora, se a finalidade de tal princípio é atender ao interesse público no sentido de conferir maior eficiência ao julgamento, de modo que a sentença seja prolatada por quem tenha melhores condições de fazê-lo, justamente porque presidiu a colheita de prova, resta evidente que sua não observância no julgamento de praças acarreta evidente prejuízo à ampla defesa e ao contraditório, tendo em vista que essas garantias não são devidamente observadas quando o julgador se limita à análise das palavras lançadas no papel frio dos termos de audiência e dos arrazoados defensivos.

Em outras palavras, é o juiz que presidiu a instrução e vivenciou o teor das respostas dadas e outros códigos subliminares como, por exemplo, a linguagem corporal, o tom da voz, as eventuais pausas e hesitações ao responder, a força do olhar etc. que terá melhores condições de julgar o feito.

4.5. O princípio do juiz natural

4.5.1. Percurso constitucional

No afã de melhor analisar o significado do princípio do juiz natural, retoma-se a evolução de seu conteúdo no cenário constitucional brasileiro, a contar da primeira Carta Constitucional.

Em 25.03.1824, D. Pedro I, na qualidade de Imperador e defensor

perpétuo do Brasil, outorgou a Constituição Política do Império do Brasil, mediante um governo monárquico hereditário, constitucional e representativo, calcado na divisão clássica de funções estatais, como anotado alhures, com o acréscimo da função Moderadora, exercida pelo Imperador, tudo com o fim de manter a independência, equilíbrio e harmonia das funções de Estado.

Adota-se, ainda, como exemplo de direitos fundamentais expressos da Carta Imperial, os seguintes dispositivos constitucionais, a saber: a garantia do juiz competente por lei anterior (art. 179, XI); a vedação de avocações (art. 179, XII); a vedação de foros privilegiados e comissões de exceção (art. 179, XIII).

Das indicações constitucionais, deduz-se que o princípio do juiz natural é albergado pela Carta Imperial, não obstante as limitações impostas pelo Poder Moderador, como a suspensão do magistrado, nos termos do art. 101, VII, do Texto.

Deu-se, já no período republicano, a edição da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil, de 1891, de índole popular, marcada pela influência de Rui Barbosa. No que pertine ao princípio do juiz natural, restou mantida a garantia constitucional nos termos do art. 72, §15: “Ninguém será sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior e na forma por ela regulada”.

Em 16.07.1934, promulgou-se nova Constituição, com o destaque para o juiz natural: não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção, admitindo-se, porém, juízos especiais em razão da natureza das causas (art. 113, item 25); ninguém será processado, nem sentenciado senão pela autoridade competente, em virtude de lei anterior ao fato, e na forma por ela prescrita (art. 113, item 26).

Vê-se, aqui, a inovação trazida pela Constituição de 1934, porquanto prevê a existência de “lei anterior ao fato”, ao contrário do disposto nas demais Constituições anteriores, o que, sem sombra de dúvida, garantiu maior segurança ao juiz natural.

Na esteira das limitações impostas pela Carta Constitucional de 1937, imposta pelo ditador Getúlio Vargas, suprimiu-se, de forma inédita, no cenário constitucional brasileiro, a garantia do juiz natural.

O Texto Constitucional de 1946, por seu turno, de certa forma, retomou a disposição da Carta de 1934, com o seguinte teor: “não haverá foro privilegiado nem Juízes e Tribunais de exceção” (art. 141, § 26); “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente e na forma de lei anterior” (art.141, §27).

Com o advento do regime militar, houve a redução da garantia do juiz natural, na medida em que a Carta de 1967 assegurou apenas que: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção” (art.150, §15). Por seu turno, a Emenda Constitucional nº 1/1969 dispôs igualmente que: “A lei assegurará aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes. Não haverá foro privilegiado nem tribunais de exceção” (art. 153,§15). Extraí-se, portanto, que não houve menção ao aspecto positivo do juiz natural, no sentido de existir um direito ao juiz competente predeterminado por lei.

Eis, em apertada síntese, a posição ocupada pelo princípio do juiz natural ao longo da formação do constitucionalismo brasileiro.

4.5.2. O juiz natural e a atual Constituição Federal

O princípio do juiz natural é um dos arcabouços do Estado Democrático de Direito, verdadeira viga das garantias do *due process of law*.

Trata-se de um postulado conferido pela Carta Política de 1988 a quem sofre, particularmente no juízo criminal, a ação persecutória do Estado.

À guisa de introdução ao significado político do princípio do juiz natural, cabe rememorar as palavras de Jorge Figueiredo Dias: “Diz-me como tratas o arguido, dir-te-ei o processo penal que tens e o Estado que o instituiu”.²¹²

Pois bem. O postulado do juiz natural pode ser analisado a partir de duas perspectivas, ênfases, sentidos: a primeira, de aspecto negativo, refere-se à vedação dos tribunais de exceção, as Cortes *ad hoc*, isto é, verdadeira limitação à ação do Estado (CF, art. 5º, XXXVII); a segunda, de aspecto positivo, dirige-se ao indivíduo, em particular ao acusado, e veicula o direito ao juiz competente, isto é, um juiz determinado por lei (CF, art. 5º, LIII).

A primeira ênfase assegura que são inadmissíveis juízos ou tribunais *ad hoc* ou de exceção, ou seja, criados extraordinariamente para determinado caso. É o disposto no art. 5º, XXXVII, da Constituição de 1988: “não haverá juízo ou tribunal de exceção”.

Trata-se de uma ênfase que enuncia a existência de órgãos jurisdicionais previamente estabelecidos pela Constituição, como pode ser visualizado pelos

²¹² DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*. Coimbra: Almedina, 1974, vol. 1, p. 428.

órgãos enumerados no art. 92, *caput*, da Carta de 1988. Tem-se, por exemplo, o órgão da Justiça Militar, de previsão constitucional, com atribuição de matéria especializada, o que não elide o caráter unitário, de unidade, da jurisdição, como já anotado em outras passagens.

Com isso, assegura-se a reserva da jurisdição a órgão tipicamente judicial, com prévia determinação legal de competência, a partir da organização constitucional, o que preserva, sobretudo, a independência e harmonia relativamente à divisão das funções de Estado.

José Afonso da Silva, renomado constitucionalista, conceitua Tribunal de Exceção como “o que não integra o sistema judiciário preestabelecido, o que é criado *ad hoc*, isto é, apenas para o caso, e *post facto*, ou seja, depois da ocorrência do fato objeto do processo e do julgamento”.²¹³

Ao tecer considerações sobre os tribunais de exceção, Gustavo Henrique Badaró, muito bem expõe a caracterização dos tribunais de exceção e explica:

“Há, ainda, outras características dos tribunais de exceção: atribuição de sua competência com base em fatores específicos e, normalmente, segundo critérios discriminatórios (raça, religião, ideologia etc.); duração limitada no tempo; procedimento célere, normalmente, não sujeito a recurso; escolha dos integrantes sem observância dos critérios gerais para a investidura dos magistrados e sem assegurar-lhes a necessária independência. Não há como negar que, ao se criar um tribunal fora das estruturas do Poder Judiciário, isto é, um

²¹³ *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2010, p.135.

tribunal que não integra os órgão que a Constituição preveja na estrutura do Poder Judiciário, estar-se-á instituindo um tribunal de exceção ou extraordinário. Por outro lado, também é tribunal de exceção aquele criado *ad personam*, isto é, com vistas ao julgamento específico de uma determinada pessoa ou grupo de pessoas, mesmo que para fatos futuros. Nesse ponto, o caráter extraordinário não decorre do aspecto temporal, mas de sua natureza discriminatória”²¹⁴.

Gustavo Henrique Badaró cita, no plano internacional, que:

“podem ser lembrados como tribunais de exceção o Tribunal de Nuremberg e de Tóquio, que foram tribunais criados pelos vencedores, *ex post factum*, isto é, depois da guerra, para julgar crimes praticados pelos vencidos. Mais recentemente, podem ser citados como tribunais de exceção, ou *ex post factum*, o Tribunal Internacional de da Ex-Iugoslávia, criado em 1993, e o Tribunal Penal Internacional de Ruanda, criado em 1994, pelo Conselho de Segurança da ONU, para julgar crimes de guerra praticados naqueles países.”²¹⁵

De tudo, é fácil perceber a necessária articulação entre a ideia de órgão preconcebido (CF de 1988, art. 5º, XXXVI) e, também, a noção de juiz competente (CF de 1988, art.5º, III), sendo descabida a leitura isolada dos aludidos dispositivos.

²¹⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz natural no processo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 129-130.

²¹⁵ Ob. cit., p. 131.

De outra banda, na perspectiva positiva (ou sentido positivo) do juiz natural, cabe a precisa análise do art. 5º. LIII, da Constituição de 1988: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”.²¹⁶

Com efeito, constata-se que o Brasil adotou apenas a expressão “autoridade competente”, certo que a melhor interpretação desse dispositivo guarda relação com a noção de autoridade competente “estabelecida anteriormente por lei”.

Vê-se, assim, a sintonia entre os princípios da anterioridade e legalidade, tudo com o fito de garantir um julgamento imparcial.

Mais uma vez, é de se reproduzir a colocação de Gustavo Henrique Badaró, para quem:

“a garantia do juiz natural deve ser considerada como 'norma substancial', que confere um caráter reforçado do princípio da legalidade e prescreve para o legislador o dever de regular a competência do juiz, sem poder fazer retroagir a disciplina da nova lei a fatos ocorridos antes do início de vigência da lei que modifique a distribuição de competência. Há, pois, do lado do legislador, uma obrigação de estabelecer competência do juiz *pro futuro*. Por outro lado, do ponto de vista do cidadão, há o direito

²¹⁶ À guisa de ilustração, convém apontar que há diferentes expressões adotadas em outros sistemas jurídicos, como: em Portugal, o juiz “fixado por lei anterior” (Constituição portuguesa, art. 32.9); e na Espanha, o juiz “predeterminado por lei” (Constituição espanhola, art. 24.2).

de saber, no dai em que comete o delito, diante de qual órgão jurisdicional será chamado para ser julgado.”²¹⁷

Por arremate, noutras palavras, segue a análise sintetizada das duas abordagens do afetas ao princípio do juiz natural, como assentado por Celso de Mello:

“O princípio da naturalidade do juízo – que reflete noção vinculada às matrizes político-ideológicas que informam a concepção de Estado Democrático de Direito – constitui elemento determinante que conforma a própria atividade legislativa do Estado e que condiciona o desempenho, pelo Poder Público, das funções de caráter persecutório em juízo. O postulado do juiz natural, por encerrar uma expressiva garantia de ordem constitucional, limita, de modo de subordinante os poderes do Estado - que fica, assim, impossibilitado de instituir juízos *ad hoc* ou de criar tribunais de exceção - , ao mesmo tempo em que assegura ao acusado, o direito ao processo perante a autoridade competente abstratamente designada na forma da lei anterior, vedados, em consequência, os juízos *ex post facto*”²¹⁸.

Vale resgatar, ainda, em outro precedente paradigmático, a dupla função exercida pelo juiz natural:

²¹⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique. ob. cit., p. 159-161.

²¹⁸ Trata-se do julgamento do AI - Ag Rg 177.313, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 17.5.1996.

“O postulado do juiz natural, em sua projeção jurídico-política, reveste-se de dupla função instrumental, pois, enquanto garantia indisponível, tem, por titular, qualquer pessoa exposta, em juízo criminal, à ação persecutória do Estado, e, enquanto limitação insuperável, representa fator de restrição que incide sobre os órgãos do poder estatal incumbidos de promover, judicialmente, a repressão criminal”²¹⁹.

Para Marco Antonio Marques da Silva, “O princípio do juiz natural expressa a preocupação do Estado em não permitir que ninguém 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”²²⁰.

Gilmar Ferreira Mendes coloca que “o juiz natural é aquele regular e legitimamente investido de poderes da jurisdição, dotado de todas as garantias inerentes ao exercício de seu cargo (vitaliciedade, inamovibilidade, irredutibilidade de vencimentos - CF, art. 95, I, II, III)”²²¹.

É festejada, ainda, a amplitude que a garantia do juiz competente assume com a edição da atual Constituição Federal.

Convém aqui indicar, novamente, as considerações de Gustavo Henrique Badaró acerca da garantia do juiz competente na quadra constitucional:

“Num ponto, a garantia do juiz competente mostrou-se

²¹⁹ Cuida-se do *Habeas Corpus* nº 81.963/RS, DJ de 28.10.2004.

²²⁰ *A Vinculação do Juiz no Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 1993, p. 39.

²²¹ *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011, p. 522.

mais ampla que nas Constituições anteriores que, com alguma variação terminológica, asseguravam o 'julgamento' pela autoridade competente. A Constituição de 1988 foi além, e, inspirada na Constituição de 1946, assegurou que ninguém será 'processado nem sentenciado', senão pela autoridade competente”.²²²

A partir da noção de juiz natural, como o órgão jurisdicional competente previsto pela Constituição Federal, cumpre assinalar que os arts. 92, inciso VI, e 122 da Constituição Federal indicam os Tribunais e Juízes Militares como órgãos do Poder Judiciário, e, mais à frente, em seu artigo 124, disciplina que compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

Está assegurado em nosso ordenamento jurídico pelo art. 5º, inciso LIII, da Carta Política, que ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente, não se limitando tais garantias apenas aos processos de natureza penal, mas sim abrangendo toda a atividade jurisdicional.

Em abono às considerações doutrinárias, arrematou de há muito o STF:

“O princípio do juiz natural – que traduz significativa conquista do processo penal liberal, essencialmente fundado em bases democráticas – atua como fator de limitação dos poderes persecutórios do Estado e representa importante garantia da imparcialidade dos juízes e tribunais” (STF - 1ª T. – HC nº

²²² BADARÓ, Gustavo Henrique. ob. cit., p.124.

69.601/SP – Rel. Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 18 dez. 1992, p. 24.377).

4.5.3. Termo *a quo* para a predeterminação do juiz natural

Discute-se, em sede doutrinária, o termo inicial para a incidência do princípio do juiz natural.

Há, basicamente, quatro posicionamentos, a saber: o primeiro entende que o marco inicial será determinado pela ocorrência do fato; o segundo sustenta que a lei deve ser anterior ao início da *persecutio criminis*; o terceiro entende que a lei deve ser anterior ao início do processo; por fim, defende-se a adoção da *notitia criminis* como marco temporal predeterminado do juiz competente no processo penal.

Perfilhamo-nos ao entendimento de que o marco temporal para a predeterminação do juiz natural é o momento do cometimento do fato a ser julgado.

Não é outro, aliás, o posicionamento de Ada Pellegrini Grinover, ao reconhecer que o postulado do juiz natural encontra-se preservado por garantias irredutíveis e que se manifestam

“na verdade em três conceitos: só são órgãos jurisdicionais os instituídos pela Constituição; ninguém pode ser julgado por órgão constituído após a ocorrência de um fato; entre os juízes pré-constituídos vigora uma ordem taxativa de competências, que exclui qualquer alternativa deferida à discricionariedade

de quem quer que seja”.²²³

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro definiu o princípio do juiz natural: “Juiz Natural significa o juízo pré-constituído, ou seja, definido por lei, antes da prática do crime. Garantia constitucional que visa impedir o Estado de direcionar o julgamento, afetando a imparcialidade da decisão” (HC n. 4.931/RJ, DJU de 20 de outubro de 1997, pág. 53.136).

4.5.4. O julgamento de civis pela Justiça Militar

Muito bem. Já de início, diante da apresentação de linhas gerais atinentes ao princípio do juiz natural, cabe, neste momento, apontar questão tormentosa que repousa no julgamento de civis pela Justiça Militar em tempos de paz.

No julgamento do Habeas Corpus n.º 112.936/RJ, o Supremo Tribunal Federal, por meio do voto do Ministro Celso de Mello, bem abordou a questão:

“(…) A tentativa de o Poder Público pretender sujeitar, arbitrariamente, a Tribunais castrenses, em tempo de paz, réus civis, fazendo instaurar, contra eles, perante órgãos da Justiça Militar da União, fora das estritas hipóteses legais, procedimentos de persecução penal, por suposta prática de crime militar, representa clara violação ao princípio constitucional do juiz natural (CF, art. 5º, LIII). Não se pode deixar de acentuar, bem por

²²³ *O princípio do juiz natural e sua dupla garantia - O Processo em Sua Unidade - II*, Rio de Janeiro: Forense, 1984, Item n.º 6, p. 39.

isso, o caráter anômalo da submissão de civis, notadamente em tempo de paz, à jurisdição dos Tribunais e órgãos integrantes da Justiça Militar da União, por suposta prática de crime militar, especialmente se se tiver em consideração que tal situação – porque revestida de excepcionalidade – só se legitima se e quando configuradas, quanto a réus civis, as hipóteses delineadas em sede legal e cujo reconhecimento tem merecido, do Supremo Tribunal Federal, estrita interpretação. Esta Suprema Corte tem entendido, em casos idênticos ao ora em análise, que não se tem por configurada a competência da Justiça Militar da União, em tempo de paz, tratando-se de réus civis, se a ação eventualmente delituosa, por eles praticada, não afetar, de modo real ou potencial, a integridade, a dignidade, o funcionamento e a respeitabilidade das instituições militares, que constituem, em essência, os bens jurídicos penalmente tutelados. Mostra-se grave, por isso mesmo, a instauração, em tempo de paz, de ação penal militar contra civil, com o objetivo de submetê-lo, fora dos casos autorizados em lei, a julgamento perante a Justiça Militar da União! Todas essas considerações revelam-se de indiscutível importância em face do caráter de fundamentalidade de que se reveste, em nosso sistema jurídico, o princípio do juiz natural. (...) Impende registrar, por necessário, que esta Suprema Corte, defrontando-se com situação idêntica à exposta nesta sede processual, por não considerar a atividade de

policiamento ostensivo função de natureza militar, reconheceu a incompetência absoluta da Justiça Castrense para processar e julgar civis que, em tempo de paz, tivessem alegadamente cometido fatos que, embora em tese delituosos, não se subsumem à descrição abstrata dos elementos que compõem a estrutura jurídica dos tipos penais militares” (CC 7.030/SC, Rel. Ministro Marco Aurélio Mello – HC 68.928/PA, Rel. Ministro Néri da Silveira – HC 101.471/PA, Rel. Ministro Ayres Britto, v.g) ”.

Nesse sentido, aliás, sinalizam as decisões da Corte Interamericana de Direitos Humanos²²⁴:

“(…) a jurisdição militar não é naturalmente aplicada a civis que carecem de funções militares e que por isso não podem incorrer em condutas contrárias a deveres funcionais deste caráter. Quando a justiça militar assume competência sobre um assunto que deve conhecer a justiça ordinária, se vê afetado o direito ao juiz natural e, por conseguinte, ao devido processo legal, o qual, por sua vez, encontra-se intimamente ligado ao próprio direito de acesso à justiça” (Corte Interamericana de Direitos Humanos, caso Castillo Petruzzi e Outros vs. Peru. Sentencia de 30 de mayo de 1999, p. 127 y 128)²²⁵.

²²⁴ *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. Coord. Flávia Piovesan. São Paulo: DPJ, 2008.

²²⁵ “(…) la jurisdicción militar no es la naturalmente aplicable a civiles que carecen de funciones militares y que por ello no pueden incurrir en conductas contrarias a deberes funcionales de este carácter. Cuando la justicia militar asume competencia sobre un asunto que debe conocer

E mais:

“Em um caso recente, a Corte estabeleceu que em um Estado Democrático de Direito a jurisdição penal militar tem de ter um alcance restrito e excepcional e estar voltada para a proteção de interesses jurídicos especiais, vinculados com as funções que a lei indica e as forças militares. Assim, deve estar incluído do âmbito da jurisdição militar o julgamento de civis e só se deve julgar os militares pelas práticas de delitos ou faltas que por sua própria natureza atentem contra bens jurídicos próprios da ordem militar (nota al pie n. 59: Caso Durand y Ugarte, supra nota 45, p. 117)” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantoral Benavides vs. Peru. Sentencia de 18 de agosto de 2000, p. 113).²²⁶

De há muito, já acenava Montesquieu ao mostrar sua preocupação de que indivíduos ligados a outra esfera de poder que não o Estado-Juiz pudessem exercer a jurisdição:

“Também não haverá liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se

la justicia ordinaria, se ve afectado el derecho al juez natural y, a fortiori el debido proceso, el cual a su vez, encuéntrase íntimamente ligado al propio derecho de acceso a la justicia”.

²²⁶ “En un caso reciente, la Corte há establecido que [e]n un Estado democrático de Derecho la jurisdicción penal militar há de tener un alcance restrictivo y excepcional y estar encaminada a la protección de intereses jurídicos especiales, vinculados con la funciones que la ley asigna a las fuerzas militares. Así, debe estar excluido del ámbito de la jurisdicción militar el juzgamiento de civiles y sólo debe juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atentem contra bienes jurídicos propios del orden militar (nota al pie n. 59: Caso Durand y Ugarte, supra nota 45, p. 117)” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Cantoral Benavides vs. Peru. Sentencia de 18 de agosto de 2000, p. 113).

estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário: pois o Juiz seria Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor”.²²⁷

Não diverge do quanto sustentado por Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli ao considerarem que:

“O embasamento normativo do direito penal militar brasileiro é o código penal militar de 1969, cujas normas são aplicáveis aos militares do Estado. Dispositivos contidos no código penal militar, quando envolvem civis, apresentam aspectos claramente inconstitucionais, mormente quanto às regras de processo, vez que os tribunais militares não podem ser considerados independentes, em face da dependência hierárquica que os vincula ao Poder Executivo. Seu funcionamento pode ser justificado em tempo de guerra, na exata medida que o exija a necessidade, mas de maneira alguma deve ser admitida em tempo de paz, quando não existe necessidade de subtrair ao Poder judiciário independente o julgamento de fatos que, hoje, estão afetos a tribunais militares”.²²⁸

No mesmo diapasão, é a fala de Luiz Flávio Gomes para quem

“A existência de tribunais militares, por si só, não fere a

²²⁷ *Do Espírito das Leis*. Tradução de Pedro Vieira Mota. 9ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 170.

²²⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro, Parte Geral*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 143.

Convenção Americana, mas não devem ficar sujeitos à sua jurisdição os civis. De outro lado, devem julgar apenas os delitos que afetam bens jurídicos próprios da ordem militar (Corte Interamericana, *Caso Durand e Ugarte*, Sentença de 16.08.2000, parágrafo 117)”.²²⁹

Nessa toada, oportuno citar a indagação de Émile Zola quando em defesa do capitão Dreyfus escreveu o célebre artigo “J'Accuse!”: “A idéia superior de disciplina, que corre no sangue desses soldados, não bastaria por si só para invalidar sua capacidade de julgar imparcialmente?”,²³⁰ questionamento sobremaneira importante porque “(...) não existe uma interpretação *neutra* e *imparcial* desligada das características pessoais do julgador”.²³¹

E a consciência do problema gerado com essa promiscuidade atingiu Adam Smith, o qual afirmava que “a liberdade de todo cidadão e a segurança de toda sociedade depende da administração imparcial da justiça, separada e independente do Poder Executivo”.²³²

É da lavra do Ministro Carlos Ayres Britto o que restou assentado:

“EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIMES DE HOMICÍDIO E LESÃO CORPORAL GRAVE CONTRA MILITAR EM OPERAÇÃO DE TRANSPORTE DE FARDAMENTO DO EXÉRCITO. COLISÃO DO VEÍCULO DO PACIENTE COM

²²⁹ GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 79.

²³⁰ *Eu acuso!* São Paulo: Hedra, 2007, p.47.

²³¹ SOUZA, Artur César de. *A Parcialidade Positiva do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 140.

²³² SMITH, Adam. *A Riqueza das Nações*. Tradução de Luiz José Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, 1985, vol. 2, p. 172.

A VIATURA MILITAR. INTERPRETAÇÃO ESTRITA DA FUNÇÃO DE NATUREZA MILITAR. EXCEPCIONALIDADE DA JUSTIÇA CASTRENSE PARA O JULGAMENTO DE CIVIS EM TEMPO DE PAZ” (HC 86.216, REL. CARLOS BRITTO, DJ 19. 02.2008).

Também:

“EMENTA: *HABEAS CORPUS*. “PICHAÇÃO DE EDIFÍCIO RESIDENCIAL PERTENCENTE AO EXÉRCITO BRASILEIRO. AGENTES CIVIS. NÃO OCORRÊNCIA DE CRIME MILITAR. EXCEPCIONALIDADE DA JUSTIÇA CASTRENSE PARA O JULGAMENTO DE CIVIS, EM TEMPO DE PAZ. ORDEM CONCEDIDA” (HC 100.230, REL. CARLO BRITTO, DJ 17.08.2010);

Não é outro o entendimento do Ministro Sydney Sanches:

“EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL. JURISDIÇÃO. COMPETÊNCIA. COMPETE À JUSTIÇA COMUM – E NÃO À MILITAR – O PROCESSO E JULGAMENTO POR CRIME DE HOMICÍDIO CULPOSO IMPUTADO A CIVIL (MILITAR DA RESERVA), AINDA QUE OCORRIDO EM LOCAL SOB A ADMINISTRAÇÃO MILITAR E COM VÍTIMA MILITAR DA ATIVA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 9º, II E III, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. PRECEDENTES DO STF. *HABEAS CORPUS* DEFERIDO PARA A ANULAÇÃO DO PROCESSO-

CRIME MILITAR, DESDE A DENÚNCIA, INCLUSIVE, E REMESSA DOS AUTOS À JUSTIÇA COMUM DO ESTADO DO PERNANBUCO. DECISÃO UNÂNIME” (HC 81.161, DA RELATORIA DO MINISTRO SYDNEY SANCHES DJ 30.10.2001).

Finalmente, o *Habeas Corpus* nº 1.963, da Relatoria do Ministro Celso de Mello, assim lavrado:

“EMENTA: *HABEAS CORPUS*. CRIMES DE LESÕES CORPORAIS CULPOSAS CONTRA MILITAR EM MANOBRA. INOCORRÊNCIA DE CRIME MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. POSTULADO DO JUIZ NATURAL. AÇÃO PENAL PÚBLICA CONDICIONADA À REPRESENTAÇÃO DA VÍTIMA. INOCORRÊNCIA. DECADÊNCIA. CAUSA EXTINTIVA DA PUNIBILIDADE DO AGENTE. PEDIDO DEFERIDO. EXCEPCIONALIDADE DA COMPETÊNCIA PENAL DA JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO, EM TEMPO DE PAZ, TRATANDO-SE DE RÉU CIVIL” (HC 81.963, REL. MINISTRO CELSO DE MELLO) .

Conforme já sustentado em pesquisa antes realizada, não se pode ignorar que o país elegeu a solução pacífica dos conflitos e a defesa da paz como princípios que há tempos regem o Estado brasileiro no contexto internacional (artigo 4º, incisos VI e VII, da Constituição Federal),²³³ tanto que, apesar de coadjuvante nas duas grandes guerras mundiais e o envio de tropas em missões

²³³ No âmbito das Constituições do Brasil: artigo 88 da Constituição de 1891; artigo 4º da Constituição de 1934; artigo 4º da Constituição de 1946; e artigo 7º, parágrafo único, da Constituição de 1967, mantido o texto em 1969.

de paz, desde que instalada a República, o território brasileiro nunca foi palco de operações militares, tampouco o país se envolveu em guerra de conquista.

Todavia, apesar da aversão à guerra fazer parte da identidade internacional do Brasil, todos os cidadãos brasileiros são potencialmente militares (artigo 3º, §1º, alínea "a", inciso IV, e artigo 4º, inciso I, alínea "b", ambos do Estatuto dos Militares), considerados reserva das Forças Armadas, sujeitos à convocação e mobilização, destacado o *status* das Polícias Militares de Forças Auxiliares do Exército (artigo 144, § 6º, da Constituição Federal), restando à Justiça Militar da União, conforme entendimento que prevalece, mesmo em tempo de paz, competência para julgar civis acusados da prática de crime militar (artigo 9º, inciso III, alíneas "a" a "d", do Código Penal Militar), portanto, toda a população, com o que não se concorda.

De tudo, convém considerar que normalmente em julgamentos feitos por aqueles que fizeram das armas sua profissão, resta presente o risco de que o psiquismo do juiz temporário não consiga deixar de lado a ótica de superior hierárquico, não enxergando naquele que está no banco dos réus, no estro de Ortega y Gasset, um “homem e suas circunstâncias”, mas um subordinado que precisa ser exemplarmente disciplinado.

4.5.5. O assemelhado e a Justiça Militar

Poder-se-ia dizer que os jovens que prestavam Serviço Auxiliar Voluntário seriam, para efeitos de aplicação da lei penal militar, considerados *assemelhados*, argumento que não se sustenta porque antes de buscar respostas na legislação ordinária deve-se, sempre, ir à Constituição Federal.

Nessa toada, tanto faz seja o temporário civil ou assemelhado porque incontroverso que ele não é policial militar e, por conseguinte, nos termos do artigo 125, § 4º, da CF, não pode ser julgado pela Justiça Militar Estadual.

E pouco importa dispor a Lei Estadual n.º 11.064/02, a exemplo de São Paulo, que o temporário ficará sujeito às normas aplicáveis aos integrantes da Polícia Militar (artigo 1º, parágrafo único), já que soa teratológico admitir o legislador local invadindo competência legislativa que não é de sua alçada,²³⁴ *ex vi* do artigo 24 e incisos da Constituição Federal.

Assim como a vida nos quartéis segue rígida hierarquia, igual ocorre com o ordenamento jurídico, ponderação que se faz para indicar que somente com muita ginástica mental é que se poderá dar tal exegese ao reportado diploma estadual, acrescentando que também pouco importa a dicção dos arts. 21 e 22 do CPM, visto que a Constituição Federal é clara em asseverar que será de competência da Justiça Militar Estadual somente o julgamento dos policiais e bombeiros militares, cabendo somente à Justiça Militar da União, em entendimento prevalente que não se concorda, apreciar a conduta de quem não ostente o *status* de militar, e, evidente, somente quando presente interesse das Forças Armadas.

Desta feita, ante a leitura constitucional que se deve ter da matéria, não tratando o temporário de policial militar e pouco importando seja ele considerado civil ou assemelhado, incompetente para julgá-los a Justiça Militar Estadual.

²³⁴ Não podendo esquecer que no artigo 1º, parágrafo único, da Lei Estadual nº 11.064/02, empregou o legislador estadual a expressão “no que couber” no tocante à aplicação das normas que alcançariam os temporários.

4.5.6. Crimes dolosos contra a vida: competência e atribuição

Por conta da Lei n.º 9.299/96, estão fora da competência da Justiça Militar os crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis, passada a competência para o Tribunal do Júri.

A esse respeito, Cícero Robson Coimbra Neves e Marcelo Streifinger ponderam:

“antes da Emenda Constitucional n.º 45, de 08 de dezembro de 2004, sustentávamos a transmutação dos crimes dolosos, nos patamares expostos, de crimes militares para crimes comuns, e não a simples transferência de competência de julgamento, por ser hipótese inconcebível, já que a competência das Justiças Militares estaria e está grafada nos arts. 124 e 125, § 4º, da Lei Maior, não podendo ser alterada, pois, por lei infraconstitucional. Hoje, com a nova redação dada ao art. 125, § 4º, da CF, no âmbito estadual é possível afirmar que o crime ainda se caracteriza como militar, porém julgado pela justiça comum, permanecendo a situação anterior para a esfera federal, uma vez que o Constituinte derivado, por enquanto, não alterou o disposto no art. 124 da Carta Maior”.²³⁵

A partir dessa visão, reputada acertada, surgem questões de grande relevância, como, por exemplo, a referente ao excesso culposo praticado na legítima defesa. Isto porque, enquanto o Código Penal comum prevê punição para o agente que excede culposa ou dolosamente (artigo 23, parágrafo único), o

²³⁵ *Apontamentos de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2005, vol. I, p. 63.

Código Penal Militar normatiza que não é punível o excesso quando resulta de escusável surpresa ou perturbação de ânimo, em face da situação, disciplinando ainda que o julgador poderá atenuar a pena ainda quando punível o fato por excesso doloso (arts. 45, parágrafo único, e 46).

Seria, assim, possível, em tal hipótese, a aplicação do princípio da *lex tertia*, ou seja, uma terceira via fruto da combinação de leis, a fim de que fossem tomados preceitos e critérios mais favoráveis ao réu, e, no caso do Tribunal do Júri, a específica formulação de quesitos acerca do excesso escusável previsto pelo Código Penal Militar.

Não bastasse, no que se refere a possibilidade de conflito de atribuições entre a polícia judiciária comum e a polícia judiciária militar relativamente à legitimidade da investigação envolvendo crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis, em período de paz, tem-se que inusitadas situações podem surgir.

A discussão atravessa, necessariamente, mais uma vez, implicações afetas ao princípio do juiz natural.

Assim, a nosso sentir, o deslinde da questão passa pela rigorosa exigência de uma interpretação sistêmica a partir da nossa Lei Republicana.

Confira-se, assim, o cenário constitucional em torno dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal, no Título II, enumera, de maneira exemplificativa, direitos e garantias individuais, dispondo, especialmente, no

que serve de mote no presente trabalho, que:

“Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

(...)

LIII - ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente;

(...)

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal”.

Ainda na quadra constitucional, em termos de organização da defesa do Estado e das instituições democráticas, tem-se que:

“Art. 144. A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:

I - polícia federal;

(...)

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela

União e estruturado em carreira, destina-se a:

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;

III - exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

(...)

§ 4º - às polícias civis, dirigidas por delegados de polícia de carreira, incumbe, ressalvada a competência da União, as funções de polícia judiciária e a apuração de infrações penais, exceto as militares.

Por sua vez, o Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1.001, de 21 de

outubro de 1969, dispõe:

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

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

c) por militar em serviço ou atuando em razão da função, em comissão de natureza militar, ou em formatura, ainda que fora do lugar sujeito à administração militar contra militar da reserva, ou reformado, ou civil; (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 8.8.1996) Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica. (Redação dada pela Lei nº 12.432, de 2011).

Por fim, o Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969, assevera que:

“Art. 82. O foro militar é especial, e, exceto nos crimes dolosos contra a vida praticados contra civil, a ele estão sujeitos, em tempo de paz: (Redação dada pela Lei nº 9.299, de 7.8.1996)

(...) § 2º Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum. (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.299, de 7.8.1996).

Dos textos normativos apresentados, surgem, em síntese, pelo menos, duas perspectivas diametralmente opostas acerca da matéria, objeto de análise neste item: a primeira, sustenta a legitimidade da polícia judiciária militar para a realização de atos investigativos, por meio do inquérito policial militar, dada a natureza e a função militar, a partir da nova redação dada ao art. 82 do Código de Processo Penal Militar, de maneira que, ao cabo do procedimento inquisitivo, aos autos seriam remetidos à justiça comum para a instauração de eventual ação penal; a segunda, afasta a validade do exercício da polícia judiciária militar, reconhecendo apenas a legitimidade da atuação da polícia judiciária comum, por intermédio da instauração do devido inquérito policial.

A questão sofreu questionamento junto ao Supremo Tribunal Federal, pela via jurisdicional concentrada, vindo a questão, embora decidindo-se em um primeiro momento pela atribuição concorrente da polícia judiciária militar e da polícia judiciária comum, a não ser levada adiante por faltar legitimidade ativa à demandante.²³⁶

²³⁶ Trata-se da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 1.494-3 (MC) – Distrito Federal, de relatoria do Ministro Celso de Mello.

Resta, pois, que a matéria seja enfrentada, no mérito, pela Corte Suprema, a qual novamente se vê com a questão pendente de apreciação na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 4.164, manifestando-se a Procuradoria-Geral da República pela possibilidade de convivência da dupla atuação investigativa.

Aliás, vale acentuar que a interpretação jurídica, de uma forma ou de outra, deve atentar para unidade do complexo normativo, no sentido de que:

“O jurista deve se um regente de orquestra, apto a dominar e coordenar todos os instrumentos do direito: a solução jurídica não pode provir do som, por vezes discordantes, de uma disposição isolada, mas depende para sua compreensão, para sua aplicação e sua execução dos princípios, das instituições, dos conceitos e dos procedimentos técnicos de ordem jurídica geral. O jurista não pode ser nem um mero autômato, condenado à aplicação servil de uma regulamentação exageradamente meticulosa, nem um aprendiz de feiticeiro que desencadeia consequências desordenadas e imprevistas por ignorar a dependência e a inserção da regra de direito em seu contexto”.²³⁷

No afã de garantir a atuação legítima do Estado, no que diz respeito ao convívio harmônico de seus aparelhos administrativos internos, como é o caso das polícias, confira-se o que aduz Sérgio Buarque de Holanda, inteligência das

²³⁷ BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001, p. 224.

maiores, em um de seus opúsculos:

“O Estado, entre nós, não precisa e não deve ser despótico – o despotismo condiz mal com a doçura de nosso gênio – mas necessita de pujança e compostura, de grandeza e solícitude, ao mesmo tempo, se quiser adquirir alguma força e também esta respeitabilidade que os nossos pais ibéricos nos ensinaram a considerar a virtude suprema entre todas. Ele ainda pode conquistar por esse meio uma força verdadeiramente assombrosa em todos os departamentos da vida nacional. Mas é indispensável que as peças de seu mecanismo funcionem com harmonia e garbo”.²³⁸

Assim, nos parece que a instauração de inquérito policial militar pela autoridade policial militar, na hipótese de crime praticado por militar contra civil, servirá de óbice à instauração de investigação por parte da polícia judiciária comum, e vice-versa, haja vista que não pode o Encarregado do Inquérito Policial Militar ser corregedor de Delegado de Polícia, e a recíproca é verdadeira.

4.5.7. O juiz natural e a interceptação telefônica

O art. 1º da Lei n.º 9.296, de 24 de julho de 1996, estatui que: “A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob o

²³⁸ HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 21ª ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1989, p. 131.

segredo de justiça”.

Na linha de raciocínio proposta, fruto de conquistas obtidas ao longo do tempo contra o arbítrio, reza o art. 5º, inciso LVI, da CF, que “são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos”, prevendo o inciso XII do mesmo dispositivo constitucional que “é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”.

Não obstante a clareza solar dos preceitos constitucionais, objetivando coibir abusos, veio o povo, através daqueles que o representa, a alterar o art. 157 do CPP, aproveitando a oportunidade para reafirmar a norma máxima dispondo que “são inadmissíveis, devendo ser desentranhadas do processo, as provas ilícitas, assim entendidas as obtidas em violação a normas constitucionais ou legais”.

Debruçando-se sobre o tema, pondera Antonio Scarance Fernandes: “Quando a prova obtida por meios ilícitos for introduzida no processo, o problema não é de nulidade, mas de inadmissibilidade da prova, sendo a solução correta sua exclusão, por meio de desentranhamento dos autos”.²³⁹

Evidente, pois, que o “juiz competente da ação principal” não corresponde ao juízo da Justiça Militar, ficando imprestável o resultado da interceptação, vez que não partiu do juízo da ação principal.

Prosseguindo, antes mesmo da alteração introduzida no ordenamento pela Lei n.º 11.690/08, prova ilícita e ilegítima trariam as mesmas consequências,

²³⁹ *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 90.

apontando a doutrina:

“(...) o gênero é a ilicitude – assim em Direito Penal, quanto nas demais disciplinas, inclusive porque foi o termo utilizado na Constituição Federal – significando o que é contrário ao ordenamento jurídico, contrário ao Direito de um modo geral, que envolve tanto o ilegal quanto o ilegítimo, isto é, tanto a infringência às normas legalmente produzidas, de direito material e processual, quanto aos princípios gerais de direito, aos bons costumes e à moral”.²⁴⁰

Finalmente, com a nova redação do art. 157 do Código de Processo Penal, plenamente aplicável ao processo penal militar por força do art. 3º, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar, a violação a qualquer norma legal na produção da prova – substantiva ou adjetiva - a tornará ilícita e, portanto, inadmissível.

Nesse diapasão, Guilherme de Souza Nucci:

“A partir da nova redação conferida ao art. 157, caput, do CPP, soa-nos nítida a inclusão, no termo maior provas ilícitas, daquelas que forem produzidas ao arrepio das normas constitucionais ou legais. Logo, infringir a norma constitucional ou qualquer lei infraconstitucional (direito material ou processual), pois não fez o referido art. 157

²⁴⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal*. 8ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 349.

nenhuma distinção, torna a prova ilícita. Este é, pois, o gênero e não a espécie”.²⁴¹

Feita a colocação acerca da prova ilícita e sua inadmissibilidade no processo, tanto comum como militar, cumpre considerar que, partida a quebra e/ou interceptação de juiz incompetente, contrariada a norma cogente prevista no art. 1º da Lei n.º 9.296/96.

Especificamente no trato da matéria aqui debatida já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

“HABEAS CORPUS. PACIENTE DENUNCIADO PELA SUPOSTA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTIGOS 319 E 333 DO CÓDIGO PENAL, e 90, 94 e 95 DA LEI 8.666/1993. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS. AUTORIZAÇÃO POR JUIZ INCOMPETENTE. INOBSERVÂNCIA DAS REGRAS DE COMPETÊNCIA PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NO CÓDIGO JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. DESENTRANHAMENTO DA PROVA EM OUTRO INQUÉRITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EXISTENTE. CONCESSÃO DA ORDEM.

1. NOS TERMOS DO ARTIGO 1º DA LEI 9.296/1996, A COMPETÊNCIA PARA DEFERIR A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO CURSO DO INQUÉRITO POLICIAL É DO JUIZ COMPETENTE PARA A AÇÃO PRINCIPAL.

2. PREVALECE NA DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA O ENTENDIMENTO SEGUNDO O QUAL A COMPETÊNCIA PARA AUTORIZAR A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA NO CURSO DAS INVESTIGAÇÕES DEVE SER ANALISADA COM

²⁴¹ Ob. cit., p. 350.

CAUTELA, POIS PODE SER QUE, INICIALMENTE, O MAGISTRADO SEJA APARENTEMENTE COMPETENTE E APENAS NO CURSO DAS INVESTIGAÇÕES SE VERIFIQUE A SUA INCOMPETÊNCIA.

3. ESTA NÃO É, CONTUDO, A HIPÓTESE DOS AUTOS, EM QUE O PEDIDO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA FOI REQUERIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DIRETAMENTE AO JUÍZO DE DIREITO DA VARA DO JÚRI, EXECUÇÕES CRIMINAIS E CORREGEDORIA DA POLÍCIA JUDICIÁRIA, QUE DEFERIU A MEDIDA CAUTELAR, A PAR DE NÃO POSSUIR COMPETÊNCIA PARA TANTO.

4. DE ACORDO COM AS REGRAS DE COMPETÊNCIA PREVISTAS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E NO CÓDIGO JUDICIÁRIO DO ESTADO DE SÃO PAULO, COMPETIRIA A UMA DAS VARAS CRIMINAIS DE RIBEIRÃO PRETO - QUE TERIA ATRIBUIÇÃO PARA JULGAR UM FUTURO PROCESSO CRIMINAL DECORRENTE DAS INVESTIGAÇÕES - A APRECIACÃO DO REQUERIMENTO DE INTERCEPTAÇÃO DE DETERMINADAS LINHAS TELEFÔNICAS FORMULADO PELO ÓRGÃO MINISTERIAL.

5. HAVENDO QUATRO VARAS CRIMINAIS COM IGUAL COMPETÊNCIA PARA PROCESSAR E JULGAR EVENTUAL AÇÃO PENAL CONTRA O PACIENTE, O REQUERIMENTO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA DEVERIA, CONSOANTE O ARTIGO 75 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, TER SIDO OBJETO DE DISTRIBUIÇÃO ENTRE UMA DELAS, O QUE NÃO OCORREU, JÁ QUE O PLEITO FOI ENCAMINHADO AO JUIZ CORREGEDOR, TITULAR DA VARA DO JÚRI E EXECUÇÕES CRIMINAIS, EM VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL.

6. A GARANTIA DO JUIZ COMPETENTE NÃO SE RESTRINGE AO DIREITO DE SER PROCESSADO E JULGADO POR ÓRGÃO PREVIAMENTE CONHECIDO, TAMBÉM SE APLICANDO ÀS HIPÓTESES DE RESTRIÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CURSO DO PROCESSO, NOTADAMENTE AS QUE

PRESSUPÕEM PERMISSÃO JUDICIAL, COMO A BUSCA E APREENSÃO E A INTERCEPTAÇÃO DAS COMUNICAÇÕES TELEFÔNICAS.

7. CONCESSÃO DA ORDEM PARA DECLARAR A NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E DE TODA A PROVA DELA DECORRENTE, DETERMINANDO-SE O SEU DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS” (HC 83632/SP, REL. MINISTRO JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, JULGADO EM 19/08/2010, DJE 20/09/2010)

Assim, em termos de fase pré-processual, assenta-se a importância assumida pela naturalidade do juízo a envolver questões de competência entre a Justiça Comum e a Justiça Militar para o fim de interceptação telefônica e outras medidas cautelares, devendo o magistrado da Auditoria e não da Corregedoria Permanente ser o responsável pelas decisões durante as investigações.

4.5.8. Justiça Militar e Juizado Especial Criminal: competência

Discute-se, em termos doutrinários e jurisprudenciais, a possibilidade de aplicação de institutos despenalizadores, como a transação penal, a suspensão condicional do processo e a composição civil relativamente aos delitos militares.

O tratamento legislativo é regido pela Lei nº 9.099/95, art. 90-A, que enuncia: “As disposições desta Lei não se aplicam no âmbito da Justiça Militar”. (artigo incluído pela Lei nº 9.839, de 27.9.1999).

Vê-se, pois, que a disposição legal veda terminantemente a aplicação dos institutos despenalizadores à Justiça Militar.

Daí resta a seguinte indagação: o aludido dispositivo legal seria

constitucional?

A matéria foi submetida à análise da Corte Suprema, em acórdão assim ementado:

“EMENTA: AÇÃO PENAL. CRIME MILITAR. PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO. FALTA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. FATO POSTERIOR AO INÍCIO DE VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.839/99, QUE ACRESCEU O ART. 90 – A À LEI Nº 9099/95. HC DENEGADO. PRECEDENTES. AO PROCESSO POR CRIME MILITAR PRATICADO APÓS O INÍCIO DE VIGÊNCIA DA LEI Nº 9.839/99, QUE ACRESCENTOU O ART. 90-A À LEI Nº 9.099/95, NÃO SE ADMITE PROPOSTA DE SUSPENSÃO CONDICIONAL” (HC 86.444-9 – MINAS GERAIS, 02.06.2009, RELATOR: MINISTRO CEZAR PELUZO).

Vê-se, pois, que a Corte Constitucional reconhece a constitucionalidade do aludido texto normativo, mantido no porvir essa exegese.

Entretanto, a análise da questão exige um olhar atento para o panorama sociopolítico que conforma a sociedade contemporânea, a destacar a atuação das polícias civil e militar.

O eficiente combate à violência urbana, temática que ocupa lugar de destaque nas pautas políticas da sociedade complexa do século XXI, é uma preocupação dos grandes centros urbanos, já que “as cidades se transformaram

em depósitos de problemas causados pela globalização”²⁴².

Exige-se com isso, cada vez mais, uma diferenciada atuação por parte dos órgãos públicos, especialmente das polícias civil e militar, destacando-se a atuação conjunta dessas forças policiais²⁴³.

Assim, no mesmo contexto fático, admitir-se-á a atuação conjunta de polícias civis e militares, a par da distinta repartição de atribuições constitucionais (afinal, sabemos que as polícias civis contam com divisões uniformizadas que se prestam a patrulhamento e as polícias militares com o serviço reservado que se presta a investigações).

Sucedem, entretanto, que, à luz do art. 90-A, da Lei dos Juizados Especiais Criminais, ao policial militar não seria possível a proposta de idêntica medida despenalizadora eventualmente oferecida ao policial civil. É nessa toada que caminham as referidas decisões da Corte Suprema, repita-se.

Todavia, não se trata de melhor interpretação a envolver a aplicação do princípio da igualdade, valor supremo que dirige o preâmbulo constitucional de 1998.

É de se relembrar que o princípio da isonomia sempre ocupou assento na ordem constitucional brasileira, como já observou o Ministro Marco Aurélio Mello: “As Constituições sempre versaram, com maior ou menor largueza, sobre

²⁴² BAUMAN, Zygmunt. *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Eliana Aguiar, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009, p. 32.

²⁴³ É, de certo modo, o que justificou a recente instituição do Centro Integrado de Comando e Controle (CICC) junto à Secretaria de Segurança do Estado de São Paulo, órgão que atua direta ou indiretamente nas áreas de segurança, de proteção e de defesa civil, a envolver, por exemplo, as polícias civil e militar, nos termos do art. 10 do Decreto nº 60.640, de 11.07.2014.

o tema da isonomia”²⁴⁴.

É importante repisar, ainda, que a isonomia é reproduzida como direito fundamental catalogado no nosso Texto político e também atua como vetor de interpretação de tratados internacionais que albergam direitos fundamentais.

Assim, é de rigor que a lei confira tratamento equitativo para situações jurídicas semelhantes. Para Celso Antônio Bandeira de Mello:

“A Lei não deve ser fonte de privilégios ou perseguições, mas instrumento regulador da vida social que necessita tratar equitativamente todos os cidadãos. Este é o conteúdo político-ideológico absorvido pelo princípio da isonomia e juridicizado pelos textos constitucionais em geral, ou de todo assimilado pelos sistemas normativos vigentes”²⁴⁵.

É ainda de Celso Antônio Bandeira de Mello o seguinte trecho:

“O que se visa com o preceito isonômico é impedir favoritismos ou perseguições. É obstar agravos injustificados, vale dizer que incidam apenas sobre uma classe de pessoas em despeito de inexistir uma racionalidade apta a fundamentar uma diferenciação entre elas”²⁴⁶.

De tudo, o texto sob comento é manifestamente inconstitucional, até porque não há restrição constitucional sobre a aplicação da Lei dos Juizados

²⁴⁴ Trata-se de voto lançado nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 186, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, p. 2.

²⁴⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 10.

²⁴⁶ Idem, p. 21

Especiais Criminais aos delitos inscritos no Código Penal Militar.

Mais uma vez, por arremate, destaca-se, em termos de interpretação de textos normativos, a cadente posição do Ministro Marco Aurélio Mello:

“Toda e qualquer interpretação de preceito normativo revela um ato de vontade. E aí vale repetir: os homens não são feitos para as leis, mas as leis, para os homens. Qual deve ser a postura do Estado-Juiz diante de um conflito de interesses? Única: não potencializar a dogmática para, posteriormente, à mercê dessa dogmática, enquadrar o caso concreto. Em face de um conflito de interesses, o juiz há de idealizar a solução mais justa, considerada a formação humanística que tenha e, após, buscar o indispensável apoio no direito posto. Ao fazê-lo, cumprirá, sempre, ter presente o mandamento constitucional de regência da matéria”.²⁴⁷

Recusar-se a aplicação de institutos despenalizadores a policiais militares indica, mais uma vez, uma postura antidemocrática atentatória à consolidação constitucional do princípio da isonomia.

Revelam-se cabíveis, então, a nosso ver, os institutos despenalizadores da Lei nº 9099/95 aos crimes militares próprios e impróprios, inclusive – atentando, evidente, o caráter de *ultima ratio* da norma penal, bastando o direito disciplinar, em tempo de paz, para garantir a ordem no interior do quartel.

²⁴⁷ Trata-se de trecho do voto lançado nos autos da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 186, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, p 10.

4.5.9. Força Nacional de Segurança: competência

Se acusado da prática de crime comum o policial militar pertencente à Força Nacional de Segurança Pública responderá pelo evento no sítio em que imputada a prática da infração penal.

Entretanto, em se tratando de acusação da prática de crime militar próprio ou impróprio será competente a Justiça Militar do Estado, e não da União, *ex vi* da Súmula n.º 78 do Superior Tribunal de Justiça, nos seguintes termos “Compete à Justiça Militar processar e julgar policial de Corporação Estadual ainda que o delito tenha sido praticado em outra unidade federativa”.

Deveras. Não é porque está o policial militar incorporado à Força Nacional, sob organização do Ministério da Justiça, que perde sua condição de policial militar pertencente a Estado-membro.

4.5.10. Militares em missão de paz: competência

A competência para o julgamento de militares das Forças Armadas acusados da prática de infrações penais militares próprias ou impróprias em missão de paz será dos Conselhos de Justiça da Auditoria de Brasília – DF.

Em sendo o acusado policial militar, por sua vez, será competente a Justiça Militar do Estado a que pertencer.

5. Efetividade da justiça e dignidade do jurisdicionado

Em tempos não muito remotos, a condição desumana de seres racionais era festejada pelo povo. O emprego de práticas punitivas horripilantes sustentava a manutenção do poder monarca. Ao súdito, infrator das normas impostas pelo rei, restava apenas resistir, o tanto quanto fosse possível, ao martírio da pena. A tudo isso se assistia. Os espetáculos punitivos eram vangloriados e a marca do poder do Estado era reforçada pela garantia da publicidade.

Tempos em que o Direito andava de mãos dadas com as Fúrias,²⁴⁸ e sem qualquer compromisso com a razão.

Felizmente, as revoluções instauradas a partir do século XVII na Europa romperam a ordem natural das coisas então consolidadas. As penas cruéis, ao menos no papel, foram abolidas. E floresceu a noção de direitos intangíveis pertencentes aos indivíduos, o que impactou sobremaneira a organização das monarquias absolutistas. Daí a contribuição de vários pensadores antiabsolutistas, como John Locke.

E, nessa vereda, deflagrou-se o direito de resistência dos súditos e fez aparecer a vontade soberana do povo como fonte preponderante do poder. Aqui, segundo os antiabsolutistas, a necessidade de criação de um instrumento que mediasse os interesses do rei e do povo: o germe do contrato social.

²⁴⁸ Na mitologia, as Fúrias (ou Erínias para os gregos) eram personificações da vingança e do rancor que puniam os mortais, só se satisfazendo com a morte violenta. Tisífone (Castigo), Megera (Rancor) e Alecto (cólera).

Assentam-se os direitos naturais como anteriores e superiores ao próprio Estado. E caberia a este reconhecer e assegurar tais direitos. Surgia, pois, uma nova era para a civilização, em que a liberdade e o poder ocupam a investigação dos pensadores políticos, tudo com o fito de repudiar a organização dos Estados Totalitários terminantemente inconciliáveis com o primado da dignidade humana.

E o quadro histórico da ciência política a envolver o homem e o Estado é bem traçado por Sahid Maluf, nos seguintes termos:

“Toda a preocupação da ciência do Estado, portanto, se concentra em determinar a posição do homem perante o Estado e em fixar, ao mesmo tempo, os limites da liberdade individual e da autoridade estatal. Os excessos de liberdade conduzem à anarquia, e os excessos de autoridade levam ao absolutismo do poder. São os dois males entre os quais se debate a liberdade”²⁴⁹.

Vê-se, aos poucos, a transição da Idade Média para a Idade Moderna. O magistério religioso cede espaço para o incremento do conhecimento científico e o homem ocupa um papel fundamental nessa passagem.

Dessa forma, o humanismo eleva a condição humana ao centro do universo, o que prestigiou a ação humana como mola propulsora da vida social.

A vida contemplativa mostrou-se lateralizada. É dizer: a ação (humana), e não mais a contemplação (de inspiração divina), passa a reger o mundo que

²⁴⁹ *Teoria Geral do Estado*. 24ª ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 322.

reconhecia no homem o ator principal da realidade das coisas.

E no mundo jurídico não foi diferente. A elaboração das leis decorriam da intervenção humana, e não mais exclusivamente da intervenção de Deus.

Cite-se, a propósito, no plano político, o exercício da atividade filosófica que colocava em dúvida o poder divino de imperadores despóticos e reconhecida a importância da conduta humana racional responsável pelo destino do próprio ser humano. E, de certo modo, o humanismo recupera as linhas de pensamento de Platão, (que via no homem a possibilidade de atingir a perfeição do corpo e da alma por intermédio da educação).

E é também em Platão que despontaram as teorias do conhecimento, como revelado em sua clássica “Alegoria da Caverna”, que expôs, com base num recurso mitológico, a condição humana. E tudo chamou a atenção dos humanistas, o que fez surgir as noções de liberdade e de igualdade.

Diante disso, a vida social moderna respira novos ares e, com isso, passa-se a desenhar a noção de dignidade humana, conceito em permanente construção e reconstrução.

Tal ponto de inflexão transitou na direção de valores sublimes à natureza humana e recobriu todas as instâncias de poder do Estado na época. Visualiza-se, com efeito, a formação das balizas de sustentação do que se convencionou chamar de “Estado de Direito”. Nele, o império da lei, da ordem, da liberdade e da segurança regiam suas decisões político-jurídicas.

A limitação do poder político apoiava-se numa Constituição escrita que

garantia, pelo menos na perspectiva formal, os direitos humanos fundamentais, apontados, hoje, como de primeira dimensão. Mais do que isso. Preconizava a divisão de “poderes” estatais, tudo com o objetivo de garantir a proteção de interesses individuais, no âmbito das relações privadas (intersubjetivas) e entre estas e os interesses do Estado.

Nesse sentido, emergem as declarações de direitos humanos a tutelar as liberdades públicas tidas como imperativos da racionalidade humana. E esse processo político também reconhecia a necessidade de construção de textos jurídicos, escritos e rígidos, voltados à segurança jurídica.

Assim, o Direito, de um lado, limita a atuação política do Estado, enfraquecendo, assim, a sua autoridade e, de outro, reforça as liberdades individuais. Essa, pois, a característica marcante do Estado de Direito: a construção de uma Lei Maior que reconheça os direitos do homem e do Estado.

No que tange à tormentosa construção do termo “Estado de Direito”, cabe indicar a passagem desenvolvida por Nelson Saldanha:

“Todos sabem que a expressão 'Estado-de-Direito' tem bastante de ambíguo, e pode ser criticada ou entendida sob várias formas. (...) Mas, numa exigência maior, é possível reservar a expressão Estado- de-Direito para designar a situação criada pelas revoluções demoliberais burguesas e pelo constitucionalismo. Temos então o 'Estado-de-Direito' como aquele em que o limite e o fundamento da ação estatal se encontram na ordem jurídica e essencialmente na base desta, a

Constituição”²⁵⁰.

O Estado de Direito, ancorado numa estrutura demasiadamente formalista, não resistiu. Faltava relacionar as leis aos valores prometidos nas Constituições. Restava, ainda, inserir a manifestação popular no processo político. Pugnavam-se pela efetivação da lei. A estrutura formal de sua elaboração não era compatível com o seu conteúdo.

Tal cenário repercutia diretamente no acesso à Justiça. Veja-se, a propósito, a exposição de Marco Antonio Marques da Silva:

“O acesso à Justiça, assim como os demais direitos individuais formalmente assegurados, somente poderia ser obtido por aqueles cidadãos que tivessem condições materiais de fazê-lo. Aqueles que fossem privados de recursos materiais eram deixados à sua própria sorte, já que, formalmente, tinham as mesmas possibilidades de recorrer à Justiça. O acesso à Justiça, assim como a igualdade, eram apenas formais e não efetivos”²⁵¹.

E diversos Estados atentaram para esse modelo de poder político. E a atual Constituição Federal trilhou esse caminho, em sua parte exordial. A consolidação do Estado Democrático de Direito é marca importante dessa preocupação, de maneira que se liga intimamente à efetiva proteção de bens jurídicos fundamentais do ser humano, especialmente influenciados por movimentos humanistas que desencadearam no mundo Ocidental a construção

²⁵⁰ *Formação da Teoria Constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 18.

²⁵¹ *Acesso à Justiça Penal e Estado Democrático de Direito*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2001, p. 75.

de marcantes textos constitucionais a partir do século XVIII.

Isso revela, antes de tudo, que a pacificação social encontra limites insuperáveis traçados pelo próprio Estado. E a linha mestra dessa limitada atuação estatal é norteada pela existência de um complexo de princípios fundamentais, como a relevantíssima temática da dignidade humana, elemento nuclear dos direitos humanos construídos historicamente por diversas nações.

E a extensão da dignidade humana é retratada por Massimo Palazzolo, como se extrai do seguinte trecho:

“A preservação da dignidade da pessoa humana refoge ao tipo de sociedade, de ideologia, de organização político-social em que vive. É um valor humano dotado de universalidade que deve ser desenvolvido, protegido e aplicado por uma Teoria Geral do Direito comprometida com a proteção integral do ser humano”²⁵².

No Brasil, a positivação da dignidade humana, já na parte vestibular da Constituição Federal, exprime a sua importância na construção da vida social contemporânea. Vale assentar que a dignidade humana, em termos de conteúdo, é de difícil elaboração conclusiva, até porque, historicamente, o seu significado experimentou variadas influências políticas, filosóficas e religiosas, o que dificulta a construção de um conceito pronto, estanque e universalizante.

Entretanto, isso não invalida o compromisso do Estado na sua efetivação. Não basta que o ente estatal eleve a dignidade humana à categoria de princípio

²⁵² *Persecução Penal e Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Quartier Latim, 2007, p. 66.

fundamental junto a seu arcabouço normativo. Faz-se imperiosa a aproximação do texto normativo à realidade política da vida cotidiana do cidadão.

E o valor da dignidade e sua efetivação também ressoam na quadra processual penal, comum ou militar. O atual processo penal, apoiado nas balizas da efetividade e do garantismo, inclina-se, em última análise, à concretização da dignidade humana, valor suprapositivo de inspiração e aplicação no mundo jurídico-penal. É, assim, que se considera a dignidade como “valor-fonte do ordenamento jurídico”²⁵³ e, sem sombra de dúvida, isso indica o fio condutor que deve reger todo o direito instrumental penal.

Mas não é só. A internacionalização dos direitos humanos igualmente repercute no campo do processo penal. Alinha-se ao direito interno uma série de mecanismos internacionais de preservação dos direitos humanos. A relativização da soberania interna garante o fortalecimento de valores metajurídicos que pautam a vida digna dos indivíduos, independentemente da nacionalidade dos sujeitos de direitos considerados infratores da norma penal. Trata-se de uma tentativa de ampliação de regras processuais penais a todos os povos da comunidade internacional que primam pela observância da dignidade humana na vida pós-moderna.

No Brasil, a efetividade da Justiça Militar é por demais discutida. Argumentos não faltam a sugerir, inclusive, a própria extinção da justiça castrense. O seu expressivo custo financeiro, o reduzido fluxo de processos e sua atuação em descompasso com a atual ordem jurídica são fatores que supostamente retirariam a sua legitimidade político constitucional.

²⁵³ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*. Rio de Janeiro: *Lumen Juris*. 2002, p. 59.

Entretanto, a nosso sentir, tais argumentos não resistem a um exame mais apurado. É imperioso reconhecer o grau ascendente de eficiência angariado pela justiça castrense sob o pálio do regime democrático. A justiça especial não se limita a examinar atos ofensivos às instituições militares. No plano dogmático, presta-se a reforçar os valores inatos à carreira militar, mantendo-se na Corporação o mínimo de padrão de conduta exigível de quem faz das armas sua profissão, condição que, também, interessa à sociedade civil.

Tem-se, assim, a elevação do caráter pedagógico – e, também, preventivo – que preside a vida militar na caserna. Na dimensão política, transmite-se à sociedade, por meio de um julgamento célere e de aguda particularidade, a segurança necessária de quem se espera um alto grau de respeito aos direitos fundamentais.

Porém, isso não significa dizer que o Direito Penal Militar deva ser o mais abrangente possível, hipertrofiado.

Além disso, é sabido que são várias as finalidades da pena, perseguidas, ao menos em teoria, quase que simultaneamente, todas apoiadas em categorias de prevenção (geral e específica), retribuição e ressocialização. No que toca ao âmbito da jurisdição militar, não se pode negar que justiça penal eficiente é aquela que tem poucos processos, porquanto nesses casos, longe de dúvidas, reforçada a validade da norma e transmitida aos jurisdicionados que, aqueles que delinquirem, a ela serão submetidos com todas as consequências daí decorrentes. E isso indica, no mínimo, um atributo que se espera de uma prestação jurisdicional em sintonia com os sublimes valores da segurança e eficiência prometidos pela Constituição Federal.

Com isso, chega-se ao cabo deste tópico. De tudo, vê-se que o capítulo IV promove a amarração lógica e conceitual de institutos de direito militar, sob as perspectivas formal e material. Constrói-se uma trama de elementos doutrinários e jurisprudenciais que circundam a temática do bem jurídico-penal militar, com repercussão direta na fixação da competência processual penal militar.

Conclusão

A Constituição Federal construiu um bloco de direitos e garantias fundamentais que produz efeitos nos mais variados quadrantes da seara jurídica. Na linha dos vetores que regem o Estado Democrático de Direito, destaca-se a garantia do devido processo legal, verdadeiro cânone constitucional.

Inserido no *due process of law*, presente o princípio do juiz natural, estabelecendo que, para referido dogma, ninguém será “processado” nem “sentenciado” senão pela “autoridade competente”.

Ao lado do mencionado *standard*, mas posicionado no direito material, temos o bem jurídico-penal, tido como limitador do raio de intervenção do *jus puniendi*.

No que interessa à fixação da competência na esfera da Justiça Militar, temos que, sempre e sob qualquer hipótese, além necessário se valer não só das regras dispostas no Código Penal Militar (art. 9º) e no Código de Processo Penal Militar (artigos 85 *usque* 121), mas, também – e principalmente - , da análise do bem jurídico-penal e do papel social do agente.

Nesse palmilhar, descomprometidos com os pilares da hierarquia e disciplina, imerecedores de se sujeitarem a resposta penal mais intensa ou,

ainda, à vedação de medidas despenalizadoras, inadmissível, em tempo de normalidade institucional, a submissão de civis a julgamento por militares.

É sabido que a legislação penal e processual penal militar são frutos de um conturbado ambiente político-jurídico de forte feição autoritária, assim o declarado, como já apontado na própria Exposição de Motivos do Código de Processo Penal Militar, o que, por si só, exige interpretação a considerar a completeza lógica do ordenamento jurídico, dado que a vigente legislação não mais se coaduna com as linhas regentes de um Estado que aspire o *status* de Democrático de Direito.

Reconhece-se que o princípio do juiz natural e o conceito de bem jurídico-penal podem ser considerados, num certo sentido, como garantias constitucionais biface, já que apresentam duas faces, perspectivas, ênfases. De um lado, voltam-se à preservação de direitos fundamentais do investigado, do processado e do sentenciado. D'outro lado, voltam-se à limitação do poder punitivo estatal.

Assim, tanto o Código Penal Militar como o Código de Processo Penal Militar não são “fruto da expressão da vontade geral”,²⁵⁴ mas sim de um pequeno grupo de pessoas que governava o país sob o signo do medo e da privação de direitos, circunstância que, evidente, deve ser considerada na exegese.

Então, tratando-se de réu civil, em tempo de paz, falece à Justiça Militar competência para seu julgamento, como, aliás, estabelecido não só pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, mas, também, pela Corte Europeia de

²⁵⁴ Cf. FILHO, Manoel Gonçalves Ferreira. *Do processo legislativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 19.

Direitos Humanos²⁵⁵ e pela Corte Africana de Direitos Humanos.²⁵⁶

Com isso, ficam registradas, a nosso sentir, as principais contribuições para a devida aplicação da legislação penal e processual penal militar, sem, contudo, colocar termo às temáticas discutidas, até porque a interpretação jurídica deve acompanhar a realidade fenomênica (e não o contrário) que, por natureza, é cambiante.

De tudo, lançam-se perspectivas para que, de alguma forma, seja garantida a máxima efetivação dos direitos fundamentais consagrados na essência da Constituição Federal e nos tratados internacionais de que o Brasil é signatário e, a partir disso, redefinir o papel da Justiça Militar.

²⁵⁵ No caso *Öcalan vs. Turkey*, julgado no ano de 2003 pela Corte Europeia de Direitos Humanos, decidiu-se, em recurso de um civil turco que foi condenado por uma Corte Militar da Turquia à pena de morte por participar de um grupo separatista curdo, que um tribunal formado por dois juízes militares e um juiz civil apresentava composição incompatível com o princípio da independência judicial.

²⁵⁶ O Sistema Africano de Direitos Humanos, na vanguarda, contém resolução que veda o julgamento de civis por Cortes Militares.

Referências

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, Malheiros: São Paulo, 2008.

ARISTÓTELES. *Política*. Tradução de Nestor Silveira Chaves. São Paulo: Escala. 2005.

ASSIS, Jorge César de, *Comentários ao Código Penal Militar*. 3ª ed., Curitiba: Juruá, vol. II, 2002.

_____. *Código de Processo Penal Militar Anotado*. 2ª ed., Curitiba: Juruá, vol. I, 2006.

ASUA, Luis Jimenez de. *Tratado de Derecho Penal*, tomo II. 2ª ed., Buenos Aires: Lousada, 1964.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Juiz Natural no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

BADARÓ, Ramagem. *Comentários ao Código Penal Militar de 1969*, vol. 2, São Paulo: Juriscredi, 1972.

BANDEIRA, Esmeraldino Olímpio Torres. *Curso de Direito Penal Militar*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1915.

_____. *Direito, Justiça e Processo Militar*. vol. 2, 2ª ed., Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1919.

_____. *Tratado de Direito Penal Brasileiro*, vol. 2, Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1925.

BARBOSA, Rui. *Obras Seletas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, Vol. VIII, 1957.

_____. *Oração aos Moços*. São Paulo: Papagaio, 2003.

_____. *O Justo e a Justiça*. In *Obras Seletas de Rui Barbosa*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1957.

BARROS, Suzana Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

BAUMAN, Zygmunt. *Comunidade: a busca por segurança no mundo atual*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2003.

_____ *Confiança e medo na cidade*. Tradução de Eliana Aguiar, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2009.

BECKER, Alfredo Augusto. *Teoria Geral do Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 1963.

BERGEL, Jean-Louis. *Teoria Geral do Direito*. Tradução de Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

BRUNO, Aníbal. *Direito Penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 1962.

CAETANO, Marcelo. *Direito Constitucional*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

CHAVES JÚNIOR, Edgar de Brito. *Escorço Histórico da Justiça Militar*, in *Revista de Estudos & Informações*, nº 08, TJM/MG, 2001.

CALAMANDREI, Piero. *Eles, os Juízes, vistos por um Advogado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

CAMPOS JÚNIOR, José Luiz Dias. *Direito Penal e Justiça Militar*. Curitiba: Juruá Editora, 2004.

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*. São Paulo: Saraiva, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 6ª ed., Coimbra: Almedina, 2002.

CARRAZZA, Roque Antonio. *Curso de Direito Constitucional Tributário*. 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

CARVALHO, Esdras dos Santos. *O direito processual militar numa visão garantista*. Rio de Janeiro, *Lumen juris*, 2010.

CASTRO, Celso. *O Espírito Militar: Um antropólogo na caserna*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

CERNICHIARO, Luiz Vicente. *Direito Penal na Constituição*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

COSTA, Álvaro Mayrink da. *Crime Militar*. 2ª ed., Rio de Janeiro: *Lumen Juris*, 2005.

COSTA, Paula Bajer Fernandes Martins da. *Igualdade no Direito Processual Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

COUTURE, Eduardo J. *Introdução ao Estudo do Processo Civil*. São Paulo: Forense, 1998.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito processual penal*, vol. 1, Coimbra: Almedina, 1974.

DINAMARCO, Cândido Rangel. *Instituições de Direito Processual Civil*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Norma Constitucional e seus Efeitos*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006.

DUARTE, Liza Bastos. *A impossibilidade humana de um julgamento imparcial*. Revista de Direito Privado. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 3, n.º 12, out/dez 2002.

DWORKIN, Ronald. *Uma Questão de Princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceitos de Princípios Constitucionais*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*, Campinas: Bookseller, vol. III, 2000.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Teoria Geral do Procedimento e Procedimento no Processo Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Efetividade do Processo Penal e Dignidade Humana*. In *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, Coord. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, São Paulo: Quartien Latin, 2008.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. Tradução de Ana Paula Zomer e outros. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Do Processo Legislativo*. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

FIGUEIREDO, Ricardo Vergueiro. *Hierarquia e Disciplina - Vigas mestras das Forças Armadas, verdadeiros princípios jurídico-constitucionais*, in *Revista Direito Militar*, ano VIII, n.º 46.

FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir*. 30ª ed., Petrópolis: Vozes, 2005.

FRANCO, Alberto Silva. *Crimes Hediondos*. 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Código de Processo Penal e sua Interpretação Jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. I, 2004.

_____. MARREY, Adriano; STOCO, Rui. *Teoria e prática do Júri*. 6ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

FÜHRER, Maximiliano Roberto Ernesto. *História do Direito Penal*. São Paulo: Malheiros, 2005.

GOETHE, Johann Wolfgang Von. *Fausto*. São Paulo: Editora 34, 2004.

GOFFMAN, Erving. *Manicômios, Prisões e Conventos*. 7ª ed., São Paulo:

Perspectiva, 2001.

GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

GOMES, Luiz Flávio; MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. *Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *A Motivação das Decisões Penais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

_____. *Presunção de Inocência: Princípios e Garantias*. In Escritos em Homenagem a Alberto Silva Franco, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. 2ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

GRINOVER, Ada Pellegrini. *O princípio do juiz natural e sua dupla garantia. O Processo em Sua Unidade - II*, Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GRINOVER, Ada Pellegrini; CINTRA, Antonio Carlos Araújo; DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria Geral do Processo*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998.

HASSEMER, Wienfried. *Critica al derecho penal de hoy – Norma, interpretación, procedimiento – Limites de la prisión preventiva*. Tradução de Patricia S. Ziffer. 2ª ed., Editora Ad Hoc, 2003.

HOLANDA, Sérgio Buarque de. *Raízes do Brasil*. 21ª ed., Rio de Janeiro: José Olympio, 1989.

IHERING, Rudolf Von. *O Espírito do Direito Romano*. Tradução de Rafael Banaion. Vol. 1, Rio de Janeiro: Calvino F., 1934.

_____. *A finalidade do Direito*. Tradução de Heder K. Hoffmann, Campinas: Bookseller, 2002.

_____. *A Luta pelo Direito*. Tradução de Richard Paul Neto, 4ª ed. Rio de Janeiro: Rio, 1983.

KARAM, Maria Lúcia. *Competência no Processo Penal*. 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

LEIRNER, Piero de Camargo. *Meia Volta Volver: um estudo antropológico sobre a hierarquia militar*. Rio de Janeiro: FGV, 1997.

LENZA, Pedro. *Direito Constitucional Esquematizado*. 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2014.

LIEBMAN, Enrico Tullio. *Manual de direito processual civil*. Tradução de Cândido Rangel Dinamarco, vol. I, 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1986.

LIMA, Renato Brasileiro de. *Competência Criminal*. Salvador: Juspodivm, 2010.

LOBÃO, Célio. *Direito Processual Penal Militar*. 2ª ed., Brasília: Brasília

Jurídica, 2004.

_____. *Código de Processo Penal Militar. Medidas Cautelares (2ª Parte). Prisão. Anotações aos arts. 220 a 261, in Revista da Associação dos magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME. Ano VI, n.º 22 - Janeiro de 2002.*

LOBO, Hélio. *Sabres e Togas: a autonomia judicante militar*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lorusi, 1960.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la constitución*. Tradução de Alfredo Gallego Anabitarte. Barcelona: Editorial Ariel, 1976.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

LOUREIRO NETO, José da Silva. *Direito Penal Militar*. São Paulo: Atlas, 1993.

_____. *Processo Penal Militar*. 5ª ed., São Paulo: Atlas, 2000.

LUIZI, Luiz. *Os Princípios Constitucionais Penais*. 2ª ed., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2003.

MACHADO, Antonio Alberto. *Prisão Cautelar e Liberdades Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. Campinas:

Bookseller, 1998.

_____. *Da Competência em Matéria Penal*. Atualizado por José Renato Nalini e Ricardo Dip. Campinas: Bookseller, 2000.

_____. *Da Competência em Matéria Penal*. Campinas: Millennium, Campinas, 2000.

_____. *Manual de Direito Processual Civil*. 9ª ed., atualizada por Ovídio Rocha Barros Sandoval, Campinas: Millennium, 2003.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MAXIMILIANO, Carlos. *Hermenêutica e Aplicação do Direito*. 19ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade*. 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 14ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Conceito de Princípios Constitucionais*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. *Curso de Direito Constitucional*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2011.

MENDONÇA, Jacy de Souza. *Iniciação à Filosofia Política: O Homem e o Estado*. São Paulo: Riddel, 2010.

MIGUEL, Claudio Amin; COLDIBELLI, Nelson. *Elementos de Direito Processual Penal Militar*. Rio de Janeiro. Lumen juris, 2000.

MIRABETE, Júlio Fabrini. *Processo Penal*. 7ª ed., São Paulo: Atlas, 1997.

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. *História e Prática do Habeas Corpus*. Atualizada por Wilson Rodrigues Alves, Campinas: Bookseller, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 2ª ed., Tomo II/224, Coimbra: Limitada, 1983.

MIRANDA, Reinaldo Moreira de. *As Origens Remotas do Direito Penal Militar*. in Revista A Força Policial, IMESP, n.º 17, 1998.

MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil interpretada*. 4ª ed., São Paulo: Atlas, 2004.

MORIN, Edgar. *Os Sete Saberes necessários à Educação do Futuro*. 11ª ed., São Paulo: Cortez Editora, 2006.

NALINI, José Renato. *Formação jurídica*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. *Constituição Federal Comentada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Código de Processo Civil Comentado*. 7ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

_____. *Princípios do processo na Constituição Federal: processo civil, penal e administrativo*. 9ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NEVES, Cícero Robson Coimbra. *Manual de Direito Processual Penal Militar em Tempos de Paz*. São Paulo: Saraiva, 2014.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcello. *Apontamentos de Direito Penal Militar*. São Paulo: Saraiva, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Código de Processo Penal Militar Comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

PALAZZOLO, Massimo. *Persecução Penal e Dignidade da Pessoa Humana*. São Paulo: Quartier Latim, 2007.

PALMA, Rodrigo Freitas. *Direito Militar Romano*. Curitiba: Juruá, 2010.

PEDROSO, Fernando de Almeida. *Competência penal: doutrina e jurisprudência*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva. *Proteção Jurídico-Penal e Direitos Universais*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. *Direito Processual Civil Contemporâneo – Teoria Geral do Processo*. 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2012.

PINTO, Eduardo Augusto Alves Vera Cruz. *Os tribunais militares e o estado de direito democrático in Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana*, Coord. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Código de Direito Internacional dos Direitos Humanos Anotado*. São Paulo: DPJ, 2008.

PORTO, Hermínio Alberto Marques Porto. DA SILVA, Roberto Ferreira. *Fundamentação Constitucional das Normas de Direito Processual Penal. in Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, Coord. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, São Paulo: Quartier Latin, 2008.

PRADO, Lídia Reis de Almeida. *O Juiz e a Emoção: Aspectos da Lógica da Decisão Judicial*. 2ª ed., Campinas: Millenium, 2003.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*. 2ª ed., São Paulo:

Revista dos Tribunais, 1997.

REALE, Miguel. *Filosofia do Direito*. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. *Lições Preliminares de Direito*. 21ª ed., São Paulo: Saraiva, 1994.

_____. *O Pensamento Jurídico Penal de Miguel Reale*, na Coletânea de *Estudos em Homenagem a Miguel Reale*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

_____. *Pena de Morte e Mistério*, in *O Direito como Experiência*. São Paulo: Saraiva, 1992.

_____. *Preliminares ao Estudo da Estrutura do Delito*, na coletânea de ensaios *Estudos de Filosofia e Ciência do Direito*, São Paulo: Saraiva, 1978.

_____. *Teoria Tridimensional do Direito*. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROTH, Ronaldo João. *Justiça Militar e as Peculiaridades do Juiz Militar na Atuação Jurisdicional*, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.

_____. *Temas de Direito Militar*. São Paulo: Suprema Cultura, 2004.

_____. *O Juiz Militar e o Dever de Motivar sua Decisão*. In Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais – AMAJME, ano IV, n.º 19, setembro/outubro de 1999.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

SANTOS, Moacyr Amaral. *Primeiras Linhas de Direito Processual Civil*. 20ª ed., São Paulo: Saraiva, 1998.

SICHES, Recaséns. *Tratado de Sociologia*. Rio de Janeiro: Editora Globo, 1968.

SILVA, Gualterberg Nogueira de Lima. *Do processo penal na Justiça Militar em tempo de guerra in Direito Militar - Revista da Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais n.º 41*, 2003.

_____. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 10ª ed., São Paulo: Malheiros, 1995.

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.

_____. FREITAS, Jayme Walmer de. *Código de Processo Penal*. São Paulo: Saraiva, 2012.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. Tradução de Luiz José Baraúna. São Paulo: Nova Cultura, vol. 2, 1985.

SOUZA, Octavio Augusto Simon de. *Justiça Militar – uma comparação entre os sistemas constitucionais brasileiro e norte-americano*, Juruá: Curitiba, 2008.

SOUZA, Artur César de. *A Parcialidade Positiva do Juiz*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

STEINER, Sylvia Helena de Figueiredo. *A Convenção Americana sobre Direitos Humanos e sua integração no Processo Penal Brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil*. 38ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 2002.

TORNAGHI, Hélio. *Compêndio de Processo Penal*. Rio de Janeiro: José Konfino Editor, 1967.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 6ª ed., São Paulo: Saraiva, 2001.

_____. *Manual de Processo Penal*. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2003.

TUCCI, Rogério Lauria. *Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder judiciário – crises, acertos e desacertos*. Tradução de Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

_____. Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito*

Penal Brasileiro: Parte Geral. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

ZOLA, Émile. *Eu acuso!* São Paulo: Hedra, 2007.