

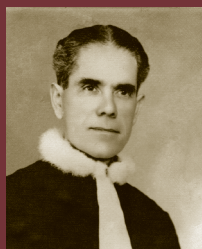


Coletânea de Estudos de Direito Militar Doutrina e Jurisprudência

2012



Cel. Arlindo de Oliveira



Dr. Romão Gomes



Dr. Luiz da Câmara Lopes dos Anjos



Dr. Mário Severo de Albuquerque Maranhão



Cel. José Anchieta Torres



Cel. Coriolando de Almeida Junior



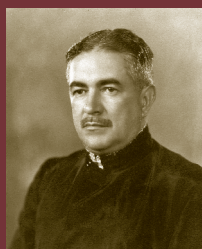
Cel. Sebastião do Amaral



Cel. Odilon Aquino de Oliveira



Dr. Valdomiro Lobo da Costa



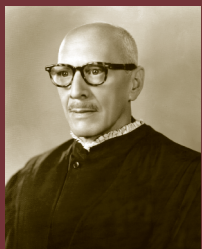
Dr. Antônio de Oliveira Costa



Dr. José Alves Cunha Lima



Cel. José Lopes da Silva



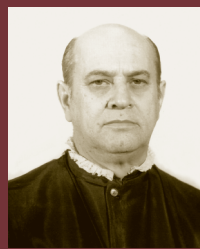
Dr. Paulo Marzagão



Dr. Guilherme Cândido Percival de Oliveira

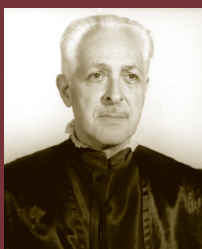


Cel. Milton Marques de Oliveira



Dr. Gualter Godinho

Galeria de fotos dos Presidentes do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo



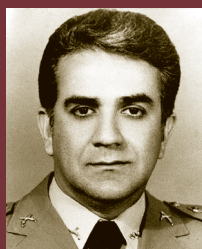
Dr. Mozart Andreucci



Dr. Nasser Bussamra



Cel. Cláudio de Souza



Cel. Hélio Franco
Chaves



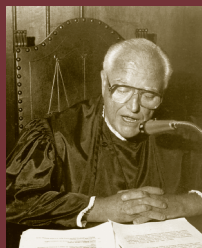
Cel. Antônio Augusto
Neves



Dr. Octávio Leitão
da Silveira



Cel. Nelson Monteiro



Dr. Frederico Otávio
Guimarães Brotero



Cel. Ubirajara Almeida
Gaspar



Dr. Evanir Ferreira
Castilho



Cel. Lourival Costa
Ramos



Cel. Avivaldi Nogueira
Júnior



Dr. Paulo Antonio
Prazak



Cel. Fernando Pereira



Cel. Clóvis Santinon

**Galeria de fotos dos Presidentes do Tribunal de
Justiça Militar do Estado de São Paulo**

Coordenação Geral
Orlando Eduardo Geraldi

Coordenação Editorial
Ronaldo João Roth

Projeto Gráfico e Capa
Assessoria de Comunicação e Desenvolvimento Institucional do TJMSP

Revisão
Ronaldo João Roth
Sylvia Helena Ono

Editoração, CTP, Impressão e Acabamento
Imprensa Oficial do Estado de São Paulo

São Paulo. Tribunal de Justiça Militar.

Coletânea de estudos de direito militar: doutrina e jurisprudência / Coordenação Geral Orlando Eduardo Geraldi; coordenação editorial Ronaldo João Roth; revisão Ronaldo João Roth [e] Sylvia Helena Ono – São Paulo : Tribunal da Justiça Militar, 2012.
520 p.: il.

Vários autores.

Edição comemorativa de 75 anos do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo.

ISBN 978-85-66215-00-7

1. Justiça Militar – Brasil 2. Justiça Militar – São Paulo – Jurisprudência. 3. São Paulo – Tribunal da Justiça Militar I. Geraldi, Orlando Eduardo II. Roth, Ronaldo João III. Ono, Sylvia Helena IV. Título.

CDD 343.81

Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo

Rua Dr. Vila Nova, 285 – Vila Buarque

01222-020 – São Paulo – SP – Brasil

Tel.: 55 11 3218-3100

Fax: 55 11 3218-3219

www.tjmosp.jus.br



Coletânea de Estudos de Direito Militar Doutrina e Jurisprudência

São Paulo/SP
2012

COMPOSIÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO

SEGUNDA INSTÂNCIA

Juiz Presidente

Orlando Eduardo Geraldi

Juiz Vice-Presidente

Evanir Ferreira Castilho

Juiz Corregedor Geral

Paulo Adib Casseb

Juízes do Tribunal

Avivaldi Nogueira Junior

Paulo Prazak

Fernando Pereira

Clóvis Santinon

PRIMEIRA INSTÂNCIA

1ª Auditoria Militar Estadual

Juiz de Direito: *Dr. Ronaldo João Roth*

2ª Auditoria Militar Estadual

Juiz de Direito: *Dr. Lauro Ribeiro Escobar Júnior*

3ª Auditoria Militar Estadual

Juiz de Direito: *Dr. Ênio Luiz Rossetto*

4ª Auditoria Militar Estadual

Juiz de Direito: *Dr. José Álvaro Machado Marques*

Auditoria de Distribuição de 1ª Instância, Correição Permanente e Vara das Execuções Criminais

Juiz de Direito: *Dr. Luiz Alberto Moro Cavalcante*

Juízes de Direito Substitutos

Dr. Marcos Fernando Theodoro Pinheiro

Dr. Dalton Abranches Safl

Prefácio

Prefaciando esta coletânea de estudos jurídicos e de decisões judiciais, lançada dentre os eventos comemorativos do aniversário de 75 anos do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, festejado neste ano de 2012, é motivo de grande satisfação e honra para mim.

Não obstante a Justiça Militar da União tenha sido a primeira justiça a ser instalada no Brasil, fundada que foi em 1º de abril de 1808, e a Justiça Militar Estadual, que possui assento constitucional como órgão do Poder Judiciário desde 1946, ter visto sua competência ampliada recentemente com o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004 (Reforma do Judiciário), que alterou a redação do art. 125 da *Constituição Cidadã*, este ramo especializado do Judiciário pátrio ainda segue como um ilustre desconhecido da sociedade e de parte significativa dos estudantes, doutrinadores e operadores do Direito.

Não é raro o estudante formar-se sem ter a menor noção da história, da competência e da importância da Justiça Militar. A própria legislação dificilmente é estudada nas faculdades de Direito. A escassez de obras sobre o Direito Militar, a ausência injustificável da matéria na grade curricular dos cursos de Direito (espaço que outrora já ocupou, inclusive, como disciplina obrigatória) e a sua não exigência pela quase totalidade dos concursos para as diversas carreiras jurídicas, incluindo o próprio Exame da Ordem dos Advogados do Brasil, são circunstâncias que, infelizmente, ainda favorecem esse desconhecimento e relegam a segundo plano o engrandecimento deste ramo. Como consequência, muitos, inadvertidamente, ainda confundem os órgãos de repressão dos tristes tempos do arbítrio com a Justiça Militar.

A seleção de autores – todos de reconhecida experiência profissional, seja na Caserna, seja nas carreiras jurídicas, seja na Academia –, a escolha dos temas – que, a par da destacada abrangência e relevância, representam apenas uma pequena amostragem de uma ampla temática jurídica ainda por ser mais bem explorada –, a seleção da jurisprudência – atual e paradigmática –, e a qualidade expositiva imprimida permitem entrever que o objetivo de contribuir para a divulgação e difusão do Direito e da Justiça Militar será atingido com excelência por meio desta obra, que, estou certo, agradará mesmo àqueles pós-graduados em Direito Militar ou em Ciências Militares.

Ao gentilmente aceitarem o convite, debruçarem-se sobre este ramo especializado do Direito e compartilharem com a comunidade jurídica seus conhecimentos, seja por meio de seus julgados, seja por meio da sua produção científica, os autores, com os diferentes pontos de vista externados, não só fomentarão o debate sobre as questões jurídicas atinentes à Caserna, como também propiciarão o amadurecimento da matéria como um todo.

Os créditos de tal coletânea, portanto, não se restringem ao seu idealizador, o Juiz de Direito da Justiça Militar do Estado de São Paulo, Ronaldo João Roth, a quem externo um agradecimento especial pela dedicação, empenho e cuidado para concretizar esta obra e enobrecer as comemorações dos 75 anos do TJMSP, devendo também ser compartilhados com todos os que a abrilhantaram com suas reflexões, prestando verdadeiro tributo ao Direito Militar e distinta homenagem à E. Corte Militar Bandeirante, que, ao longo desses anos, cresceu tanto em tamanho, isto é, em

estrutura física e humana, como na quantidade e qualidade dos serviços jurisdicionais prestados, como também em importância no cenário jurídico paulista e brasileiro.

Discutir, analisar e divulgar o Direito Militar e, por consequência, a Justiça Militar é sempre oportuno, não apenas para os estudantes que precisam conhecer este ramo do Poder Judiciário, mas para toda sociedade brasileira que, no regime democrático em que vivemos, deve estudá-la com maturidade e isenção.

Seja por meio de artigos, revistas, coletâneas, livros, seja por meio da realização de ciclos de palestras, seminários, congressos em faculdades de Direito e unidades da polícia militar na capital e no interior, seja por meio da inclusão do Direito Militar na grade curricular dos cursos jurídicos, seja aumentando sua representatividade nas respectivas esferas estaduais – sobretudo naqueles estados onde se pode criar o Tribunal de Justiça Militar Estadual próprio –, seja estreitando laços com outros órgãos do Poder Judiciário, seja integrando as instituições militares com o mundo jurídico que lhes diz respeito, seja ocupando melhor os espaços de comunicação em diferentes mídias, precisamos tornar o Direito Militar e a Justiça Militar mais presentes no dia a dia da comunidade jurídica, dos seus jurisdicionados e da sociedade como um todo.

Oxalá que o ânimo comemorativo do Jubileu de Brilhante do TJMSP não arrefeça, torne-se perene e possa, tomara, inspirar muitos outros trabalhos e publicações de igual ou de maior envergadura, para o enriquecimento da literatura jurídica neste específico campo doutrinário.

Orlando Eduardo Geraldí

Juiz Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo

Apresentação

Lisonjeado com a designação de realizar a coordenação editorial da presente **Coletânea de Estudos de Direito Militar** em homenagem ao aniversário de 75 anos do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo (TJMSP), tenho agora a honra de apresentar ao mundo jurídico o primeiro trabalho no gênero da Corte Castrense Paulista.

Essa tarefa me foi confluída pelo Presidente do Egrégio Tribunal Militar Paulista, Juiz Orlando Eduardo Geraldi, após Sua Excelência acolher minha sugestão para a elaboração de uma obra dessa envergadura, a primeira em sua história de existência. Dessa forma, senti-me privilegiado de poder, de um lado, idealizar e concretizar num único compêndio o trabalho doutrinário dos Juízes, dos integrantes do Ministério Público e dos Advogados que militam neste foro, e, de outro lado, em conjunto com todos os autores desta obra, presentear o TJMSP pelo seu Jubileu de Brilhante.

Assim, apresentar esta **Coletânea de Estudos de Direito Militar** neste momento festivo e histórico, tornou-se um misto de emoção, determinação e muita alegria, estado este, tenho certeza, que também acabou contagiando cada um dos autores desta obra, levando-os a preparar seus artigos para compor e edificar este compêndio.

Enfim, o trabalho desta coordenadoria editorial foi facilitado pelo gabarito e alto nível de conhecimentos jurídicos destes nobres autores, todos atuantes na Justiça Militar Paulista, que, com suas experiências, formação, visão e domínio da matéria, emprestaram sua colaboração nesse ideal, por todos acolhidos com abnegação e determinação.

Trata a presente Coletânea de duas grandes fontes do Direito Militar, *doutrina e jurisprudência*, abrangendo as áreas do *Direito Constitucional, Penal, Processual Penal, Cível e Administrativo-Disciplinar*.

De acordo com o tema abordado, os assuntos desenvolvidos pelos autores foram aglutinados em cada segmento correspondente para melhor compreensão da matéria, tendo como diretriz o dia a dia forense militar para maior utilidade dos operadores e estudiosos do Direito.

A presente obra vem permeada com a riqueza da visão triangular do processo tendo como autores o Juiz, o Ministério Público e o Advogado, e dando a dinâmica e o esplendor aos temas cunhados sob a estrela do Direito Militar, vivenciados no TJMSP, que tantos serviços de excelência prestou e tem prestado à sociedade.

Isso foi o que inspirou a grandeza desta obra, envolvida nesta pluralidade autoral, com artigos de instigantes temas, atuais e polêmicos, que nos últimos anos circundaram a Justiça Militar estadual, notadamente em face das modificações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004.

Nesse contexto, para nosso gáudio e de todos os estudiosos do Direito Militar, com rara felicidade reunimos, num só compêndio, nomes como Adalberto Denser de Sá Junior, Antonio Cândido Dinamarco, Cleiton Leal Guedes, Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos, Danton Abranches Safl, Clóvis Santinon, Denise Elizabeth Herrera, Edfre Rudyard da Silva, Edson Correa Batista, Eliezer Pereira Martins, Enio Luiz Rossetto, Evandro Fabiani Capano, Evanir Ferreira Castilho, Fabíola

Moran Faloppa, Felipe Boni de Castro, Fernando Pereira, Fernando Sérgio Barone Nucci, Flávio Willishan Mendonça Dias, João Carlos Campanini, José Álvaro Machado Marques, José Barbosa Galvão César, José Miguel da Silva Junior, Lauro Ribeiro Escobar Junior, Luiz Alberto Moro Cavalcante, Marcos Fernando Theodoro Pinheiro, Michel Straub, Orlando Eduardo Geraldi, Paulo Adib Casseb, Paulo Lopes de Ornellas, Pedro Falabella Tavares Lima, Robson Lemos Venâncio, Ronaldo João Roth e Sylvia Helena Ono.

Não poderia neste momento deixar de registrar e agradecer à prestimosa e singular participação de cada um deles, que prontamente atendeu ao nosso convite, imbuídos do propósito maior de alcançar o que parecia impossível, tornar-se escritor, deixando sua contribuição intelectual a essa obra e marcando indelevelmente a utilidade de seus ensinamentos. Como disse Cora Coralina, “*Feliz aquele que transfere o que sabe e aprende o que ensina*”.

Essa plêiade de operadores do Direito torna essa **Coletânea de Estudos de Direito Militar do TJMSP** uma obra ímpar e atraente, a par de homenagear e render seu apreço à Corte Militar do Estado de São Paulo, uma, dentre as três existentes no Brasil em âmbito estadual, ao lado do TJMRS e TJMMG.

Enriquecendo a obra, ainda, foi reunida a jurisprudência do TJMSP tanto de casos da esfera criminal como da esfera cível, tratando, dentre outras, de matéria de competência originária do Tribunal, tal qual a perda do posto e da patente dos Oficiais da Polícia Militar e da perda da graduação das praças da Milícia Bandeirante.

Estou certo de que a obra terá muito boa acolhida no meio forense.

Parabéns ao Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo!

São Paulo, julho de 2012.

Ronaldo João Roth
*Juiz de Direito da 1ª Auditoria da Justiça Militar
do Estado de São Paulo*

Sumário

DOCTRINA

Direito Constitucional Militar

A prisão dos militares (criminal e disciplinar) diante da Constituição Federal <i>Clever Rodolfo Carvalho Vasconcelos</i>	23
Postura emancipatória de direitos sociais no universo militar – estudo sobre o instituto da greve <i>Evandro Fabiani Capano</i>	35
Cassação de proventos da inatividade de Oficial policial militar reformado – reflexões sobre os efeitos da declaração de indignidade e incompatibilidade em conselho de justificação, de competência originária do Tribunal de Justiça Militar <i>Evanir Ferreira Castilho</i>	49
A Justiça Militar e a competência para julgamento da ação de improbidade administrativa e para julgamento da perda da graduação, do posto e patente <i>Michel Straub</i>	55
Considerações práticas sobre os processos exclusórios administrativos, judiciais e judicialiformes aplicáveis aos militares do Estado de São Paulo <i>Orlando Eduardo Geraldi</i>	79

Direito Penal Militar

O crime militar de entorpecente (artigo 290 do CPM) crime organizado e endurecimento da sanção <i>Adalberto Denser de Sá Junior</i>	119
O extravio de armas na polícia militar e seu enquadramento na legislação penal militar <i>Denise Elizabeth Herrera</i>	125
O crime militar de abandono de posto sob a ótica constitucional <i>Edfre Rudyard da Silva</i>	133
Diferenças entre os crimes militares de extorsão e concussão <i>Edson Correa Batista</i>	143
As circunstâncias judiciais na aplicação da pena e do regime prisional <i>Ênio Luiz Rossetto</i>	151
O combate à corrupção na Justiça Militar de São Paulo <i>Pedro Falabella Tavares de Lima</i>	177
A inexistência da motivação para a caracterização do crime militar – Um estudo da jurisprudência <i>Ronaldo João Roth</i>	181

Direito Processual Penal Militar

A competência do juízo colegiado na Justiça Militar: crimes contra a administração militar em conexão com os crimes de competência do juízo singular <i>Cleiton Leal Guedes</i>	215
---	-----

A judicatura na Justiça Militar	
<i>Clóvis Santinon</i>	225
Da emendatio e mutatio libelli na sistemática processual penal militar	
<i>Fabiola Moran Faloppa</i>	239
Os crimes de competência do juiz singular na Justiça Militar, o rito procedimental e a jurisprudência do TJMSP	
<i>José Barbosa Galvão César</i>	247
Liberdade provisória e menagem no Código de Processo Penal Militar	
<i>José Miguel da Silva Junior</i>	259
Justiça Militar Direito de recorrer em liberdade	
<i>Robson Lemos Venâncio</i>	271
Da natureza militar dos crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militar e da competência do arquivamento do respectivo IPM	
<i>Sylvia Helena Ono</i>	277
A criação do Tribunal do Júri na Justiça Militar em face da competência para processar e julgar o crime militar de homicídio doloso contra civil	
<i>João Carlos Campanini</i>	299
Direito das Execuções Penais Militares	
A execução penal na Justiça Militar do Estado de São Paulo – Questões controversas – apontamentos e jurisprudência	
<i>Fernando Pereira</i>	315
A execução da pena na Justiça Militar do Estado de São Paulo	
<i>Luiz Alberto Moro Cavalcante</i>	329
Direito Cível Militar	
Direito administrativo disciplinar, ilicitude e ética	
<i>Dalton Abranches Safl</i>	339
A aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade nas punições disciplinares militares e análise do mérito administrativo pelo Judiciário Militar	
<i>Eliezer Pereira Martins</i>	347
Competência cível da Justiça Militar: ações judiciais contra atos disciplinares e o exame do mérito pelo Judiciário	
<i>Fernando Sérgio Barone Nucci</i>	369
A absolvição criminal e a repercussão no cível	
<i>Flávio Willishan Mendonça Dias</i>	381
Repercussão da sentença condenatória criminal na prescrição da pretensão punitiva administrativa	
<i>Lauro Ribeiro Escobar Jr.</i>	397
O ato punitivo disciplinar à luz da teoria do ato administrativo	
<i>Marcos Fernando Theodoro Pinheiro</i>	403

Alcoolismo e processo disciplinar na sociedade da informação <i>Paulo Adib Casseb</i>	417
Coisa julgada: repercussão da sentença penal absolutória no âmbito administrativo disciplinar <i>Paulo Lopes de Ornellas e Felipe Boni de Castro</i>	423
Retrospectiva	
O momento que vivenciamos neste 75º aniversário <i>José Álvaro Machado Marques</i>	435
JURISPRUDÊNCIA	
Competência originária do TJM	449
O advogado na Justiça Militar Paulista – Feitos marcantes <i>Antonio Cândido Dinamarco</i>	513

DOUTRINA

Direito Constitucional Militar

A prisão dos militares (criminal e disciplinar) diante da Constituição Federal

*Cleber Rodolfo Carvalho Vasconcelos**

A Constituição Federal de 1988 consagra em seu artigo 5º, inciso LXI que *“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei.”*¹

Face à expressa salvaguarda realizada pelo constituinte originário verifica-se possível a decretação de prisão disciplinar nos casos de crime propriamente militar e transgressão militar, fora das hipóteses excepcionais previstas no dispositivo constitucional, por autoridade administrativa.

Referida exceção encontra guarida também em outros dispositivos da Constituição Federal, em virtude da hierarquia e disciplina, isto é, em razão da especificidade da relação de militar, conforme nos demonstra o artigo 142 que descreve a especial estrutura das Forças Armadas:

*“Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.”*²

A estrutura militar tem por base fundamental a hierarquia e a disciplina, nas quais se constata a exigência do estabelecimento de regras específicas, manifestamente rigorosas, sob pena de as organizações militares virem a se aniquilar.³

Segundo DE PLÁCIDO E SILVA a *hierarquia militar* *“é a ordem disciplinar que se estabelece nas forças armadas decorrente da subordinação e obediência em que se encontram aqueles que ocupam postos ou posições inferiores em relação aos de categoria mais elevada. Na ordem militar, a obediência hierárquica constitui princípio fundamental à vida da instituição.”*⁴

^{*} Promotor de Justiça Militar do Estado de São Paulo, Doutor em Direito do Estado – PUC/SP, Professor de Direito Constitucional no Complexo Educacional Damásio de Jesus Membro do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional (IBDC).

¹ CONSTITUIÇÃO FEDERAL, artigo 5º, inciso LXI;

² CONSTITUIÇÃO FEDERAL, artigo 142;

³ SOARES, Ailton; MORETTI, Roberto de Jesus e outros, **Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo Comentado: Lei Complementar n° 893, de 9/3/2001, 3ª ed.**, São Paulo: Atlas, 2006, p. 19.

⁴ SILVA, De Plácido e. Dicionário Jurídico, Ob. cit. p. 396.

No mesmo sentido, a *disciplina militar* é “a soma de preceitos que devem ser obedecidos por todos os componentes de uma corporação militar, em virtude dos quais todos devem respeito aos modos de conduta que deles decorrem. As transgressões às regras disciplinares dizem-se crimes e delitos disciplinares.”⁵

Diante dessas conceituações verifica-se a existência, no que tange à hierarquia, de uma ordem de graduação e de poderes ou de autoridades, constituindo um todo disciplinar, formado por categorias ou classes sucessivas, onde cada indivíduo ocupa uma posição de menor ou maior poder, de maior ou menor autoridade. A disciplina indica a existência de uma série de deveres morais ou de bons costumes, aliados a preceitos ou princípios que impõem a maneira pela qual cada indivíduo deve agir, dentro e fora da organização.⁶

Portanto, a presença tanto da hierarquia como da disciplina é constante na vida das pessoas e, sobretudo, das organizações militares.

A hierarquia e a disciplina são elevadas à categoria de bens jurídicos basilares, tamanha a importância e o caráter de imprescindibilidade conferido às instituições militares, conforme preceitua o artigo 42 da Carta Constitucional:

“Art. 42. Os membros das Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares, instituições organizadas com base na hierarquia e disciplina, são militares dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.”⁷

A Constituição Federal neste dispositivo dispõe a respeito dos militares dos Estados e do Distrito Federal, bem como dos Territórios. Consideram-se como tais os membros das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros, submetidos a regime especial definido por lei estadual específica que prescreverá normas sobre o ingresso na corporação, os limites de idade, a estabilidade e outras condições de transferência do militar para a inatividade (reserva e reforma), os direitos, os deveres, a remuneração, as prerrogativas e outras situações especiais dos militares, consideradas as peculiaridades de suas atividades.⁸

A essa medida, os maiores valores das Forças Armadas e Auxiliares, instituídos nos artigos 142 e 42, a *disciplina* e a *hierarquia*, são constitucionalmente protegidos.

Essa circunstância elementar das Forças Armadas – constituição com base na hierarquia e disciplina, pressupõe um dever de obediência, calcado, principalmente, na obrigação que tem o subordinado de obedecer ao seu superior, salvo quando a ordem deste for manifestamente ilegal.⁹

⁵ SILVA, De Plácido e. Dicionário Jurídico, Ob. cit. p. 92.

⁶ SOARES, Ailton; MORETTI, Roberto de Jesus e outros, **Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo Comentado: Lei Complementar nº 893, de 9/3/2001, 3ª ed.**, São Paulo: Atlas, 2006, p. 20.

⁷ CONSTITUIÇÃO FEDERAL, artigo 42;

⁸ CUNHA JR, Dirley da; NOVELINO, MARCELO. **Constituição Federal para Concursos** : Teoria, Súmulas, Jurisprudência e Questões de Concursos. 2ª ed., Bahia: JusPODIVM, 2011, p. 405.

⁹ ASSIS, Jorge César de. **Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 91.

Aduz JOSÉ LUIZ DIAS CAMPOS JÚNIOR que “*aliás, não é por outro motivo, portanto, que a obediência hierárquica é, no consenso geral, o princípio maior da vida orgânica e funcional das forças armadas. O ataque a esse princípio leva à dissolução da ordem e do serviço militar.*”¹⁰

No Estado de São Paulo, o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar, Lei Complementar n° 893, de 9 março de 2001, inaugura expressamente a grande importância dos princípios da *hierarquia* e da *disciplina* em seu artigo 1°:

“*A hierarquia e a disciplina são as bases da organização da Polícia Militar.*”¹¹

Desde a utilização das ordenações do Reino de Portugal, que vigoraram até a instituição dos artigos de Guerra do Conde de Lippe, em 1763, e de outras normas punitivas sucessivas até o presente momento, experimentou-se uma gama extensa de punições rigorosas que incluíam desde a morte e castigos físicos à privação da liberdade. As penas restritivas de liberdade sempre compuseram o cabedal de punições militares no Brasil.¹²

Atualmente, as penas físicas, cruéis, de banimento, de trabalhos forçados e de caráter perpétuo foram extirpadas de todo o ordenamento jurídico, assim como a pena de morte somente passou a ser aplicada em caso de guerra declarada.¹³

Todavia, ainda persistem as penas de restrição da liberdade na esfera penal. Conforme descrito inicialmente, disciplina expressamente o artigo 5°, inciso LXI, da Constituição Federal a possibilidade de prisão nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar.

Mantém-se, assim, como particularidade do direito constitucional, a manutenção da restrição da liberdade por meio de punições administrativas disciplinares militares.

Em sede específica do poder punitivo do Estado, o corolário é a previsão nos diplomas legais de um sistema disciplinar mais recrudescido, inclusive no que toca às punições. A restrição da liberdade deixa de ser, portanto, sob uma ótica mais ampla, uma simples violação de garantia individual para se tornar um mecanismo necessário de eficiência da força militar.¹⁴

O fundamento jurídico que permite aos comandantes, em variados níveis, ter como apoio seus poderes de mando é a disciplina. Assim, na esfera penal há proteções das instituições militares que tutelam os bens jurídicos necessários à sua

¹⁰ CAMPOS JÚNIOR, José Luiz Dias, **Direito Penal e Justiça Militar: inabaláveis princípios e afins**. Curitiba: Juruá, 2001, p. 132-133.

¹¹ Lei Complementar n° 893/01.

¹² VASCONCELOS, Jocleber Rocha, Elementos para a interpretação constitucional da prisão disciplinar militar. **Jus Militar** <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/interprconstprismili.pdf>> Acesso em: 15.abr.2012.

¹³ Idem.

¹⁴ VASCONCELOS, Jocleber Rocha, Elementos para a interpretação constitucional da prisão disciplinar militar. **Jus Militar** <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/interprconstprismili.pdf>> Acesso em: 15.abr.2012.

manutenção. A infração às normas garantidoras que o dever militar seja cumprido dá azo à caracterização de crime militar, passível de ser punido judicialmente.

Faz-se necessária, para tanto, a existência de normas de caráter administrativo que autorizem às autoridades, face às condutas violadoras do dever militar, a fim de reprimir diretamente referidas condutas nas noções mais ordinárias e simples, no que se relacionar a assuntos restritos às lides funcionais.

Embora sejam esferas distintas de responsabilização jurídica no cenário atual, a repressão penal e administrativo-disciplinar militar são vertentes do poder punitivo do Estado e adotam pontos de contato em comum, pois possuem as mesmas raízes históricas e o mesmo fundamento de proteção.¹⁵

Por essas razões tanto no sistema punitivo judicial como no sistema punitivo administrativo resta a utilização necessária e imprescindível de medidas que visem impedir a indisciplina como, v.g., a restrição da liberdade, de suma importância para desestimular condutas futuras a fim de manter *status quo* das Forças Armadas.

Em virtude da expressa disposição constitucional, permitindo a aplicação de prisão desvinculada da necessidade de mandado judicial, dispõe o Código de Processo Penal Militar acerca da possibilidade de prisão penal nos casos de crime propriamente militar e o Estatuto dos Militares, Lei n° 6.880/80, nas hipóteses de prisão disciplinar em razão do cometimento de transgressões militares.

Os crimes *propriamente* militares são, especificamente, os que só podem ser praticados por militares, ou, no mesmo sentido, os que exigem do atuante a qualidade de militar. Assim, somente a pessoa do militar pode cometer tal delito, vez que tal conduta versa em infração de deveres militares. Como exemplo, temos os crimes de deserção (art. 187, do CPM), abandono de posto (art. 195, do CPM), desacato a superior (art. 298, CPM), dormir em serviço (art. 203, do CPM). Noutro sentido, os crimes denominados de *impropriamente* militares são aqueles que, comuns em sua natureza, podem vir a serem cometidos por qualquer sujeito, seja civil ou militar. Porém, há de se destacar que ao serem cometidos por militar, em determinadas condições, são caracterizados legalmente de crimes militares, isso porque estão previstos no Código Penal Militar. Para exemplo desse tipo de delito temos o furto (art. 240, do CPM), homicídio (art. 205, do CPM), constrangimento ilegal (art. 222, CPM) etc.¹⁶

Por outro lado, a transgressão disciplinar é toda violação do dever militar, na sua manifestação elementar e simples. A Lei n° 6.880/80 dispõe expressamente a seu respeito no artigo 47:

“Os regulamentos disciplinares das Forças Armadas especificarão e classificarão as contravenções ou transgressões disciplinares e estabelecerão as normas relativas à amplitude e aplicação das penas

¹⁵ Idem.

¹⁶ PAIOLA, Renan Francisco. Distinção entre crime militar e transgressão disciplinar militar no âmbito federal. **Jus Militar**. <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/crimemilitaretransgr.pdf>> Acesso em 15.abr.2012.

*disciplinares, à classificação do comportamento militar e à interposição de recursos contra as penas disciplinares.”*¹⁷

Resta, portanto, evidenciada a ofensa à disciplina, à medida que o cometimento de transgressão disciplinar constitui infração administrativa.

No Estado de São Paulo a transgressão disciplinar também é tratada de maneira expressa no Regulamento Disciplinar da Polícia Militar:

Artigo 12. Transgressão disciplinar é a infração administrativa caracterizada pela violação dos deveres policiais-militares, cominando ao infrator as sanções previstas neste Regulamento.

Nessa definição, toda violação dos deveres policiais-militares, considerando como tais 35 deveres éticos, está intimamente ligada a atitudes valoradas, tais como a cultura, a honradez, a fidelidade, a probidade, a moral, a bondade, a benevolência, entre outras, constituirão transgressão disciplinar.¹⁸

A transgressão disciplinar é infração administrativa, nem sempre típica, mas sempre antiética e quase sempre passível de acarretar a aplicação de uma pena administrativa disciplinar, ou seja, uma sanção disciplinar ao policial transgressor.

O Regulamento nº 893/01 aborda em seu conteúdo o montante de 132 condutas transgressórias elencadas no artigo 13, parágrafo único.

Segundo, AILTON SOARES e outros, “*normas internas da Polícia Militar, de imemorial data, sempre impuseram que a sanção que implique que o policial venha a ser mantido no âmbito da OPM para seu cumprimento seja, em obediência aos princípios de hierarquia e disciplina, realizada mediante fiscalização permanente de superior hierárquico.*”¹⁹

As modalidades de privação da liberdade de locomoção, do direito de ir, vir e ficar em determinado local, por motivo de cometimento de algum crime ou por ordem legal, está presente tanto quando são cometidos crimes propriamente militares, como quando se verifica o cometimento de transgressões disciplinares.

As prisões provisórias, em flagrante delito e preventiva, estão dispostas expressamente ao longo de todo o *Código de Processo Penal Militar*:

*“Art. 12. Logo que tiver conhecimento da prática de infração penal militar, verificável na ocasião, a autoridade a que se refere o § 2º do art. 10 deverá, se possível: c) efetuar a prisão do infrator, observado o disposto no art. 244.”*²⁰

¹⁷ Lei nº 6.880/90, artigo 47.

¹⁸ SOARES, Ailton; MORETTI, Roberto de Jesus e outros, **Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo Comentado**: Lei Complementar nº 893, de 9/3/2001, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 77.

¹⁹ SOARES, Ailton; MORETTI, Roberto de Jesus e outros, **Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo Comentado**: Lei Complementar nº 893, de 9/3/2001, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 152-153.

²⁰ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR, artigo 12.

“**Art. 220.** *Prisão provisória é a que ocorre durante o inquérito, ou no curso do processo, antes da condenação definitiva.*”²¹

“**Art. 243.** *Qualquer pessoa poderá e os militares deverão prender quem for insumisso ou desertor, ou seja encontrado em flagrante delito.*”²²

“**Art. 254.** *A prisão preventiva pode ser decretada pelo auditor ou pelo Conselho de Justiça, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade encarregada do inquérito policial-militar, em qualquer fase deste ou do processo, concorrendo os requisitos seguintes: a) prova do fato delituoso; b) indícios suficientes de autoria.*”²³

No que tange às transgressões disciplinares, observa-se que a restrição da liberdade em nível disciplinar é conveniente ao princípio da intervenção mínima do direito penal militar, uma vez que se destina a aplicar uma resposta eficaz com menor lesividade social.²⁴

Na prática, a utilização das penas disciplinares, sobretudo as restritivas de liberdade, produzem bons resultados sem que tenha havido o início da ação penal do Estado. Com isso, a incriminação de condutas e aplicação de penas pela coerção deve acontecer quando todos os mecanismos repressivos tenham se esgotado. Confirma-se, assim, que o direito penal deve atuar apenas quando as mazelas sociais carecem de um remédio mais eficaz.

Isoladamente considerada na esfera disciplinar, a pena privativa de liberdade seria uma afronta ao Estado Democrático de Direito. Contudo, contrapesada diante de princípios de aplicação do direito penal, torna-se um verdadeiro fiador da coerência e da harmonia do sistema punitivo militar, restando proclamada a harmonização social.

A utilidade de sua existência verifica-se demonstrada quando se invoca o princípio da fragmentariedade. Segundo o nobre e dileto amigo deste que escreve, FERNANDO CAPEZ “*a intervenção mínima e o caráter subsidiário do Direito Penal decorrem da dignidade humana, pressuposto do Estado Democrático de Direito, e são uma exigência para a distribuição mais equilibrada da justiça.*”²⁵

Da mesma forma com que a Constituição garantiu que a liberdade do cidadão, só violada nos casos de flagrante delito ou por ordem judicial, também reservou às transgressões disciplinares um regime jurídico específico, onde não exigiu a flagrância, não a proibiu, nem estabeleceu como necessária a ordem judicial para validar a prisão disciplinar militar.²⁶

²¹ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR, artigo 220.

²² CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR, artigo 243.

²³ CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR, artigo 254.

²⁴ VASCONCELOS, Jocleber Rocha, Elementos para a interpretação constitucional da prisão disciplinar militar. *Jus Militaris* <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/interprconstprismili.pdf>> Acesso em: 15.abr.2012.

²⁵ CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte geral.** Vol. 1, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005, p. 22.

²⁶ PENICHE, Walter Santos. **Prisão Preventiva Disciplinar Militar.** *Jus Militaris* <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/pprevdisc.pdf>> Acesso em 14.abr.2012.

Esse regime diferenciado, fixado na Constituição, tem o condão de resguardar a ordem disciplinar na carreira militar, pois de nada valeria organizá-la com fundamento na hierarquia e na disciplina, conforme dispõe artigo 142 da Constituição Federal, se não houvesse meio de garantir a efetividade desses institutos.

A prisão disciplinar, assim, é o recolhimento do militar transgressor antes do desenvolvimento de um Procedimento Disciplinar. Acaba por constituir forma de cerceamento do militar do Estado.

O Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo, Lei Complementar n° 893/01, dispõe expressamente acerca do recolhimento disciplinar em seu artigo 26:

*“Artigo 26 - O recolhimento de qualquer transgressor à prisão, sem nota de punição publicada em boletim, poderá ocorrer quando:
I - houver indício de autoria de infração penal e for necessário ao bom andamento das investigações para sua apuração;
II - for necessário para a preservação da ordem e da disciplina policial-militar, especialmente se o militar do Estado mostrar-se agressivo, embriagado ou sob ação de substância entorpecente.”*

Observa-se, dessa maneira, que a ressalva estabelecida pelos constituintes somente alcança os militares, visto que apenas estes estão sujeitos ao cometimento de transgressões militares e crimes propriamente militares, assim estabelecidos, respectivamente no Regulamento Disciplinar da Polícia Militar e no Código Penal Militar.²⁷

Esse tratamento excepcional, que tem por base a hierarquia e a disciplina, acaba por afastar, sobretudo, o cabimento de “*habeas corpus*” em relação a punições disciplinares conforme preceitua o parágrafo 2° do artigo 142 da Constituição Federal:

“Art. 142. As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem.

...

*§ 2° - Não caberá “habeas-corpus” em relação a punições disciplinares militares.”*²⁸

Assim, em harmonia com a disposição constitucional não caberá “*habeas corpus*”. Entretanto, no que concerne ao seu cabimento nas punições disciplinares,

²⁷ SOARES, Ailton; MORETTI, Roberto de Jesus e outros, **Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo Comentado**: Lei Complementar n° 893, de 9/3/2001, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 163.

²⁸ CONSTITUIÇÃO FEDERAL, artigo 142;

consta-se tortuosa polêmica, à medida que poderia existir ameaças à restrição da liberdade diante da apuração de eventual falta disciplinar.

JORGE CESAR DE ASSIS aponta o estabelecimento distinto de três correntes de entendimentos quanto ao cabimento do “*habeas corpus*”, conforme se discorrerá a seguir.²⁹

A primeira corrente de entendimento, extremamente *rígida*, em virtude da proteção conferida aos conceitos de hierarquia e disciplina, inadmite, por completo, o cabimento do remédio constitucional.

Nesse sentido, GERSON DA ROSA PEREIRA cita como partidário deste entendimento *Cretella Júnior* que assevera:

*“o habeas corpus é writ concedido a todo aquele que sofrer ou se achar ameaçado de sofrer violência ou coação em sua liberdade de locomoção, por ilegalidade ou abuso de poder, regra jurídica constitucional que sofre exceção em relação a punições disciplinares militares [...]. excetua-se, pois, da proteção pelos habeas corpus, todos os casos em que o constrangimento ou ameaça de constrangimento à liberdade de locomoção resultar de punição disciplinar.”*³⁰

Coaduna com o mesmo entendimento WALTER CENEVIVA, que defende o não cabimento do “*habeas corpus*” para as punições disciplinares face às suas “razões ligadas aos conceitos de hierarquia e disciplina.”³¹

Uma segunda corrente, *intermediária e mitigada*, concorda com o não cabimento do *writ* nas punições disciplinares, contudo, sustenta que a vedação deve ser dirigida apenas ao mérito do ato disciplinar, que possui natureza administrativa. Neste caso, não há impedimento do exame quanto à legalidade da punição a ser aplicada.

Nesse sentido, a decisão proferida no HC n° 97058 pelo Relator Ministro Ricardo Lewandowski, julgado em 09/11/2010:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. WRIT SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. NÃO CABIMENTO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REAPRECIÇÃO DE PROVA. DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O Habeas Corpus, instrumento de tutela primacial de liberdade de locomoção contra ato ilegal ou abusivo, tem como escopo precípua a liberdade de ir e vir. 2. Deveras, a cognominada doutrina brasileira do Habeas Corpus ampliou-lhe o espectro de cabimento,

²⁹ ASSIS, Jorge César de. **Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo**. Curitiba: Juruá, 2007, p. 187-189.

³⁰ PEREIRA, Gerson da Rosa. **O descabimento de *habeas corpus* contra punições disciplinares e militares: uma exceção na contramão na dos direitos e garantias fundamentais?** Monografia apresentada no Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano de Santa Maria – Unifra, em 22.dez.2004.

³¹ CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1989, p. 68.

mercê de tê-lo mantido como instrumental à liberdade de locomoção. 3. A inadmissibilidade do writ justifica-se toda vez que a sua utilização revela banalização da garantia constitucional ou substituição do recuso cabível, com inegável supressão de instância. 4. Consectariamente, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente no sentido de que não cabe Habeas Corpus: a) Nas hipóteses sujeitas à pena de multa (Súmula 693 do STF); b) Nas punições em que extinta a punibilidade (Súmula 695 do STF); c) **Nas hipóteses disciplinares militares** (art. 142 § 2º da CRFB), **salvo para apreciação dos pressupostos da legalidade de sua inflição**; d) Nas hipóteses em que o ato Atacado não afeta o direito de locomoção; vedada a aplicação do princípio da fungibilidade; e) Nos afastamentos dos cargos públicos por questões penais ou administrativos; f) Na preservação de direitos fundamentais que não a liberdade da locomoção de ir e vir; salvo manifesta teratologia e influência na liberdade de locomoção; g) Contra decisão de relator de Tribunal de Superior ou juiz em writ originário, que não concede o provimento liminar, porquanto erige prejudicialidade no julgamento do próprio meritum causae; h) Contra decisão de não conhecimento de writ nos Tribunal de Superior uma vez que a cognição meritória do habeas corpus pelo STF supressão de instância; salvo manifesta teratologia ou decisão contrária à jurisprudência dominante ou pela Corte Suprema. 5. A supressão de instância, por constituir error in procedendo, impede que sejam conhecidos, em sede de habeas corpus, argumentos não veiculados nos Tribunais inferiores. Precedentes (HC 93.904/RS, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 094; HC 97.761/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie; HC 79.551/SP, Rel. Min. Nelson Jobim; HC 73.390/RS, Rel. Min. Carlos Velloso; HC 81.115/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão). 6. A análise dos elementos de convicção acerca das circunstâncias avaliadas negativamente na sentença condenatória não é compatível com a via estreita do habeas corpus, por demandar minucioso exame fático e probatório inerente a meio processual diverso. Precedentes (HC 97058, Relator(a): Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, julgado em 01/03/2011; HC 94073, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 09/11/2010).³² (g.n.)

A defesa do entendimento proposto por essa corrente ganha apoio de Diomar Ackel Filho, Pinto Ferreira e PONTES DE MIRANDA. Este último afirma que:

“[...] a transgressão disciplinar refere-se necessariamente, a: a) hierarquia, através da qual flui o dever de obediência e de conformidade

³² **Supremo Tribunal Federal.** <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28habeas+corpus+puni%E7%E3o+disciplinar%29&base=baseAcordaos>> Acesso em 16.abr.2012.

com a instituições, regulamentos internos e recebimento de ordens; b) poder disciplinar, que supõe a atribuição de direito de punir, disciplinarmente, cujo caráter subjetivo o localiza em todos, ou em alguns, ou somente em alguns dos superiores hierárquico; c) ato ligado às funções; d) pena, susceptível de ser aplicada disciplinarmente, portanto sem ser pela justiça como justiça”.

“É possível, porém, que falte algum dos pressupostos. Se, nas relações entre o punido e o que puniu, não há hierarquia, ainda que se trate de hierarquia acidental prevista por alguma regra jurídica, porque essa hierarquia também é e pode constituir o pressuposto necessário – de transgressão disciplinar não há se falar. Basta que se prove não existir tal hierarquia, nem mesmo acidental, para que seja caso de invocar o texto constitucional, e o habeas corpus é autorizado. Mas a hierarquia pode existir [...] sem existir poder disciplinar [...]. Por onde se vê que a hierarquia e o poder disciplinar pode ser ligado à função, [...] a pena disciplinar pode ser aplicada, e nada tem isso com a justiça. Se o ato é absolutamente estranho à função, [...], falta o pressuposto do ato ligado à função, pois, de transgressão disciplinar não há de cogitar.”

Por fim, última corrente de entendimento, considerada *liberal*, concorda com a possibilidade de “*habeas corpus*” em relação às transgressões disciplinares. Neste caso, permite-se analisar não apenas os aspectos legais do ato disciplinar atacado, sobretudo, o próprio mérito daquele ato administrativo essencialmente militar.

A Reforma do Judiciário, advinda com a Emenda Constitucional n° 45/04, trouxe a ampliação da competência da Justiça Militar dos Estados, as quais tanto em Primeira como em Segunda Instância passaram processar e julgar os crimes militares praticados pelos militares estaduais.

Além disso, a esses Órgãos passaram ainda a competir o processo e julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares.

Observe-se que ao Órgão de Segunda Instância, além da competência recursal naquelas matérias, possui a competência originária de decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação dos praças.³³

Após a reforma trazida pela Emenda Constitucional n° 45/04 a Justiça Militar estadual ganhou a competência civil para as ações judiciais contra atos disciplinares.

Ante o exposto, não restam dúvidas de que o ato punitivo disciplinar do militar quando submetido ao controle da Justiça Militar sujeitará aquele ato administrativo ao controle da legalidade, incluindo o exame da proporcionalidade e da razoabilidade. Assim, e sobremaneira, preserva-se o princípio da legalidade na apreciação da matéria, que não se esgota neste instante, mas se revela de extrema

³³ ROTH, Ronaldo João. **Primeiros comentários sobre a Reforma Constitucional da Justiça Militar estadual e seus efeitos, e a reforma que depende agora dos operadores do Direito.** *Jus Militar*. <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/comentariosreforma.pdf>> Acesso em 17.abr.2012.

importância para a convivência constitucional dentro de um regime especial, necessário à manutenção da ordem estatal, ou seja, as prisões disciplinares e o Estado democrático de Direito.

Referências bibliográficas

- ASSIS, Jorge César de. **Curso de direito disciplinar militar: da simples transgressão ao processo administrativo**. Curitiba: Juruá, 2007.
- CAMPOS JÚNIOR, José Luiz Dias, **Direito Penal e Justiça Militar: inabaláveis princípios e afins**. Curitiba: Juruá, 2001.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: Parte geral**. Vol. 1, 8ª ed., São Paulo: Saraiva, 2005.
- CENEVIVA, Walter. **Direito Constitucional Brasileiro**. São Paulo: Saraiva. 1989.
- CUNHA JR, Dirley da; NOVELINO, MARCELO. **Constituição Federal para Concursos: Teoria, Súmulas, Jurisprudência e Questões de Concursos**. 2ª ed., Bahia: JusPODIVM, 2011.
- GADELHA, Patrícia Silva. **Você sabe o que é um crime militar**. *Jus Navegandi*: <<http://jus.com.br/revista/texto/8063/voce-sabe-o-que-e-um-crime-militar>> Acesso em: 16.abr.2012.
- PAIOLA, Renan Francisco. **Distinção entre crime militar e transgressão disciplinar militar no âmbito federal**. *Jus Militaris*. <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/crimemilitaretransgr.pdf>> Acesso em 15.abr.2012.
- PENICHE, Walter Santos. **Prisão Preventiva Disciplinar Militar**. *Jus Militaris*. <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/pprevdisc.pdf>> Acesso em 14.abr.2012.
- PEREIRA, Gerson da Rosa. **O descabimento de habeas corpus contra punições disciplinares e militares: uma exceção na contramão na dos direitos e garantias fundamentais?** Monografia apresentada no Curso de Direito do Centro Universitário Franciscano de Santa Maria – Unifra, em 22.dez.2004.
- ROTH, Ronaldo João. **Primeiros comentários sobre a Reforma Constitucional da Justiça Militar estadual e seus efeitos, e a reforma que depende agora dos operadores do Direito**. *Jus Militaris*. <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/comentariosreforma.pdf>> Acesso em 17.abr.2012.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. 15ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- SOARES, Ailton; MORETTI, Roberto de Jesus e outros, **Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo Comentado: Lei Complementar nº 893, de 9/3/2001**, 3ª ed., São Paulo: Atlas, 2006.
- VASCONCELOS, Jocleber Rocha. **Elementos para a interpretação constitucional da prisão disciplinar militar**. *Jus Militaris*. <<http://www.jusmilitaris.com.br/uploads/docs/interprconstprismili.pdf>> Acesso em: 15.abr.2012.

Postura emancipatória de direitos sociais no universo militar – estudo sobre o instituto da greve

*Evandro Fabiani Capano**

1. Introdução

Imperiosa a necessidade de um corpo de milicianos que garantam a ordem pública em uma sociedade que se encontra fundada na Cidadania e da Dignidade Humana, como assentado no artigo inaugural de nossa Constituição, devendo estes especiais servidores do Estado estar sujeitos a um regime de disciplina que possa propiciar o imediato reestabelecimento da normalidade democrática, quando presentes momentos de anomalia institucional.

Como corolário dessa necessidade, o texto constitucional prescreve, em seu artigo 142, §3º, IV, de forma clara, que ao militar são proibidas a sindicalização e a greve.

Porém, ainda que aos militares seja negado direito de manifestação social e o direito à greve, tais situações, em maior ou menor grau, ocorrem no plano fático, basta lembrar, sem voltar aos tempos da aurora da República, da noite de 24 de março de 1964, quando marinheiros rebeldes carregaram o almirante Cândido Aragão, conhecido como “Almirante do Povo” ou “Almirante Vermelho” em franco movimento político/social¹.

Também não se poderia deixar de mencionar o movimento grevista que eclodiu em junho de 1997, em manifestação contra a política salarial do Governo de Minas Gerais, resultando em confronto entre policiais militares grevistas e policiais militares que guardavam o Quartel do Comando Geral da PM Mineira, culminando com a morte do cabo Valério dos Santos Oliveira.²

Assim, o presente ensaio tem por objetivo, sem qualquer pretensão de esgotar a matéria, verificar a consolidação de direitos sociais e sua postura emancipatória no universo militar, tendo por método sua detecção na história ocidental, para então focar o instituto da “Greve” nesse cenário.

* Mestre em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie, Doutorando em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo, Coordenador do programa de especialização Lato Sensu em Direito Penal da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, atualmente é Presidente da Comissão de Direito Militar e Assessor da Presidência do V Tribunal de Ética e Disciplina, ambos na Seção Paulista da OAB, ocupou os cargos de Presidente da Comissão de Segurança Pública da Seção Paulista da OAB, Chefe de Gabinete da Secretaria de Estado da Educação de São Paulo, Coordenador de Polícia do Gabinete do Secretário de Segurança Pública do Estado de São Paulo e Chefe de Gabinete da Secretaria Municipal de Assistência e Desenvolvimento Social do Município de São Paulo, Advogado, Sócio da Banca Capano, Passafaro Advogados Associados. (capano@capano.adv.br)

¹ GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada*. São Paulo: Cia das Letras, comentário à quinta foto do arquivo fotográfico da obra.

² Informação colhida no inquérito nº 1482-6 do STF, Relator Min. Ilmar Galvão, p. DOJ em 20.09.2002.

2. Direitos sociais. Uma postura emancipatória

2.1 O mundo antigo

A percepção da existência do Homem como categoria filosófica foi sem dúvida a pedra fundamental para que se pudesse, séculos depois, falar em um ente social, o Estado, e posteriormente evoluir para a consolidação de Direitos Sociais.

E é em Platão que a natureza do Homem é exposta, de forma primeira, como racional, e, por consequência, na razão realiza o Homem a sua humanidade.

Da obra de Platão, partindo desse pressuposto, retira-se a noção de que a alma humana se encontra unida ao corpo e aos sentidos, e deve principiar a sua vida moral sujeitando o corpo ao espírito, para que se realize a única virtude verdadeiramente humana e racional.³

Aristóteles, discípulo de Platão, evolui a percepção do mestre para “o homem é um animal social”: “As primeiras uniões entre pessoas, oriundas de uma necessidade natural, são aquelas entre seres incapazes de existir um sem o outro, ou seja, a união da mulher e do homem para perpetuação da espécie (isto não é resultado de uma escolha, mas nas criaturas humanas, tal como no outros animais e nas plantas, há um impulso natural no sentido de querer deixar um outro ser da mesma espécie).”⁴

Da obra desses dois grandes filósofos da antiguidade podemos perceber, então, a detecção do ser humano – Platão – e o germen do Estado – Aristóteles – quando aponta a necessidade de vida sociável: “a cidade é uma criação natural, e que o homem é por natureza um animal social, e que é por natureza e não por mero acidente, não fizesse parte de cidade alguma, seria desprezível ou estaria acima da humanidade”⁵

Nessa linha, o binômio Estado/Direitos Sociais é explorado por Cristiane Guimarães, em estudo realizado sobre os sistemas jurídicos: ⁶ “credita-se o termo ‘direito’ ao antigo império romano, apesar dos indícios no antigo mundo grego. No Estado grego apareceram as primeiras manifestações das necessidades de garantias individuais.”

E, em relação aos Romanos, o reconhecimento do gênero Humano foi condição *sine qua non* para a estabilização do Império, e não poderia ser diferente, pois para administrar um território que chegou a cobrir da Muralha de Adriano⁷ até

³ PADOVANI, Umberto; CASTAGNOLA, Luís. *História da Filosofia*. São Paulo: Melhoramentos. 10ª Ed. 1974, p. 26.

⁴ Política, I, 1252a e 1252b, 13-4.

⁵ Política, I, 1253b, 15.

⁶ GUIMARÃES, Cristiane. *Os Preceitos do Mundo*. Itu: Revista Campo e Cidade. Faculdade de Direito de Itu. Dez/Jan 2010. p. 04/08.

⁷ A Muralha de Adriano, do latim, “Vallum Aelium” era uma fortificação construída em pedra e madeira, situada no norte da Inglaterra, na altura aproximada da atual fronteira com a Escócia. É assim denominada em homenagem ao imperador romano Públio Élio Trajano Adriano. O Império Romano encontrava-se em expansão militar no século II. Porém, o imperador compreendeu que a manutenção dessa expansão em todas as direções do Império era inviável. Conhecendo a ameaça naquela fronteira, optou por manter o que já havia sido conquistado. Determinou assim iniciar uma muralha, estrutura defensiva com a função de prevenir as surtidas militares das tribos que habitavam a Escócia - os Pictos e os Escotos (denominados de Caledônios pelos romanos) -, e que assinalava o limite ocidental dos domínios do Império, sob o reinado daquele imperador. Concluída em 126, constituiu-se na mais extensa estrutura deste tipo construída na história do Império Romano. Originalmente estendia-se por cerca de 80 milhas romanas, equivalentes a 73,5 milhas (cerca de 118 quilômetros), desde o rio Tyne até ao Oeste da Cúmbria. Para a construção foi empregada a mão-de-obra dos próprios soldados das legiões romanas. Cada “centúria” era obrigada a levantar a sua parte da muralha.

a Galiléia⁸, tendo conquistado bretões, francos, lombardos, visigodos, ostrogodos e germanos, entre outros, não somente o estabelecimento de estradas foi necessário, mas um tratamento o quanto mais igualitário e com preocupação social aos “súditos” era imperativo, gênese portanto de uma série de direitos que foram entregues ao Homem que fosse cidadão romano, independente de sua origem.

Assim, contou dessa forma o império com a força do Direito, que se prestou, pela primeira vez, a uma obra unificadora. Ser cidadão romano comportava uma série de privilégios e Roma permitiu sua cidadania para quem habitasse nos limites de seu território, permitindo o acesso ao *corpus civilis*.

Foi uma primeira estratificação de direitos, dentro dessa lógica, na história ocidental, que reconheceu igualdade de tratamento para todos, sem levar em consideração *status* de nascimento, mas sim reconhecendo direitos pelo fato de pertencer ao “Estado” romano, sendo assim um primitivo esboço de Direitos Sociais do Homem.

2.2 O mundo medieval

Desde a queda do Império Romano do Ocidente, durante as invasões bárbaras do século V, a Igreja Católica viu seu poder crescer no vácuo deixado pela autoridade romana. No entanto a Igreja, força espiritual, moral, necessitava de proteção, do braço secular. Este lhe foi oferecido pelos reis e chefes bárbaros que se converteram ao cristianismo. Um deles, Carlos Magno (768-814), chegou a tentar restabelecer o poder Imperial no ano de 800, quando foi coroado, em Roma, imperador do ocidente.

Interessa observar que nesta época dos princípios da Idade Média, desaparece completamente a concepção de cidadania e preocupação com o Homem, como era concebida pelos gregos. A política nos tempos medievais está na alçada dos nobres, do rei e dos sacerdotes, que se subordinaram à filosofia patrística.

A evolução das relações entre a religião e a filosofia, decidida finalmente pela posição de Santo Agostinho em favor de uma síntese positiva, pregando Deus no centro das relações do universo, acabou por sufocar a individualidade do Homem e de direitos sociais.

A construção, nesse cenário, de direitos sociais ficou prejudicada pela luta entre o poder temporal e o poder espiritual.

Já sob o domínio da escolástica Tomista – São Tomás de Aquino - a individualidade humana voltou a ser cogitada, quando Marcílio de Pádua⁹, reitor da Universidade de Paris, um dos principais teóricos do poder secular, lançou-se numa

⁸ A Galiléia é a região do norte de Israel situada entre o mar Mediterrâneo, o lago de Tiberíades e o Vale de Jizreel. É uma região de colinas, entre elas o célebre monte Tabor, local em que, segundo os Evangelhos, ocorreu a transfiguração de Jesus Cristo. Durante a Primeira Cruzada esta região foi conquistada pelas forças cristãs, em 1099. Foi então fundado o poderoso Principado da Galileia, vassalo do Reino Latino de Jerusalém. Em 1187 o território voltou para mãos muçulmanas quando Saladino o reconquistou.

⁹ ALBUQUERQUE, Newton de Menezes, *Teoria Política da Soberania*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2001, pág. 61, nos dá conta de que “ É a obra de Marsílio de Pádua a que mais sobressai entre as formulações de inúmeros outros pensadores que se preocupavam com a fundamentação autônoma do poder secular na Idade Média [...] Tal justificativa, para Marcílio de Pádua, não encontra respaldo nos ensinamentos bíblicos, pois mesmo Jesus, filho de Deus, mencionava a subordinação a César, em todos os assuntos “que não prejudiquem a piedade, isto é, os assuntos divinos”.

crítica à ambição da Igreja Cristã em querer ser também um poder temporal. Na sua obra “*Defensor da paz*”¹⁰, de 1324, apresentou uma elaborada doutrina do poder estatal, que foi fonte inspiradora para as concepções do estado secular que surgiram, bem mais tarde, nos tempos modernos.

Para Marcilio de Pádua, a fonte das instituições era o que ele denominou de “O Legislador Humano”, isto é, os corpos de cidadãos livres que compõem um reino. Este “legislador humano” é representado pelas figuras mais expressivas da sociedade, que, delegam a direção do governo a um príncipe, magistrado único, autoridade secular, que concentra em suas mãos a capacidade coercitiva e o exercício da autoridade.

Essa abertura para o reinício de uma incipiente formação do Estado mostra a modificação completa da cena política. A importância da Igreja diminui, novos poderes surgem na periferia e deslocam o centro da política, possibilitando a formação dos Estados modernos, que viriam a ter na sua agenda a preocupação com o Homem, sobretudo para a aceitação da condição social de súdito.

CLAUDIO SALVADOR LEMBO, de forma muito percuciente, faz lembrar em sua obra *Participação Política e Assistência Simples*,¹¹ que a Idade Média não foi apenas marcada pelas trevas culturais, tendo havido uma preocupação com o Homem em momentos pontuais, que conduziu à produção de importantes documentos, como a Magna Carta e a Constituição de Melfi, ímpares para a evolução do pensamento político que conduziu a formação de Estados comprometidos com Direitos do Homem:

“Contudo, apesar da cética afirmativa do pensador de Turim,¹² acima registrada, dentro das condicionantes religiosas imperantes na Europa, naquela época, a Idade Média contribui com documentos expressivos para a evolução do pensamento político. Os pactos, forais ou cartas de franquia não só “firmaram a ideia de texto escrito destinado ao resguardo de direitos individuais”, no registro lançado por Manoel Gonçalves Ferreira Filho, como também serviram de fonte, na cristalização e princípios, hoje inafastáveis da dogmática.”

A Constituição de Melfi, de 1231, a que se refere Lembo, é o ato conclusivo da reorganização política da Sicília. Proclamada pelo imperador Felipe II, codificam o Direito Constitucional, Administrativo, Penal e Processual para a Sicília, com nítida preocupação de tutela de Direitos dos Cidadãos.

Com relação à Magna Carta inglesa, JORGE MIRANDA,¹³ compartilha da ideia de que foi um texto de grande importância não só para a época, mas para a história dos Direitos do Homem e a afirmação do Estado temporal, sendo crucial para a abertura e desenvolvimento da participação nos rumos do Poder:

¹⁰ PÁDUA, Marsílio, *O Defensor da Paz*. Petrópolis: Vozes, 1997.

¹¹ LEMBO, Cláudio. *Participação e Assistência Simples*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991, p. 137.

¹² Referência a Norberto Bobbio.

¹³ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 71.

“I – Na formação e na evolução do Direito constitucional inglês ou britânico distinguem-se três grandes fases:

a) A fase dos primórdios, iniciada em 1215 com a concessão da Magna Carta (pela primeira vez, porque diversas outras vezes viria posteriormente a ser dada e retirada consoante os fluxos e refluxos de supremacia do poder real);

b) [...]”

Assim, na fala de RUSSEL¹⁴, no final da Idade Média a preocupação com o Estado e os Direitos do Homem paulatinamente re floresceu, o mundo abandonou o medo escolástico e a era moderna propiciou uma maior envergadura à ingerência do homem em seu destino.

2.3 A Renascença e a Idade Moderna

O Renascimento foi um movimento de renovação que marcou a transição da Idade Média para a Idade Moderna. Foi um período especial em todos os aspectos. Marca a Europa de 1330 a 1530, tendo como centro irradiador a Itália.

Do Teocentrismo Medieval¹⁵ o homem avança para o Humanismo¹⁶, filosofia de vida surgida com o Renascimento e que predominou na Idade Moderna. O homem renascentista acredita que tudo se explica pela razão e pela ciência, e crê no potencial individual do Homem. Essa renovação foi causada por uma série de fatores, resultantes da constatação de que as ideias que o Teocentrismo pregava não eram totalmente corretas.

O movimento renascentista se expande a partir de 1460, com a fundação de academias, bibliotecas e teatros em Roma, Florença, Nápoles, Paris e Londres. Séculos nos separam da época em que viveu Maquiavel. Muitos leram e comentaram sua obra, mas um número consideravelmente maior de pessoas evoca seu nome ou pelo menos os termos que aí tem sua origem.

Assim, ao escrever sua principal obra, *O Príncipe*, Maquiavel nos dá conta que a tirania imperava em pequenos principados, governados despoticamente por casas reinantes sem tradição dinástica.

A obra é toda fundamentada em sua própria experiência, seja ela com os livros dos grandes escritores que o antecederam, ou seja, os anos como chanceler, ou até

¹⁴ RUSSELL, Bertrand. *Obras Filosóficas*. livro segundo, São Paulo: Editora Codil, p. 206, expõe, em figuras de linguagem que “Esta esfera sublunar já não aparecia como um vale de lágrimas, um lugar de dolorosa peregrinação ao outro mundo, mas como algo que proporcionava oportunidades para delícias pagãs, para toda a glória, a beleza e a aventura. Os longos séculos de asceticismo foram esquecidos num tumulto de arte, poesia e prazer. Mesmo na Itália, é certo, a Idade Média não morreu sem luta; Savonarola e Leonardo nasceram ambos no mesmo ano. Mas, de modo geral, os velhos terrores deixaram de aterrorizar, e a nova liberdade do espírito revelou-se embriagadora. A Embriaguez não podia durar, mas, entretantes, dissipou o medo. Nesse momento de jubilosa libertação nasceu o mundo moderno”.

¹⁵ A concepção religiosa da época baseava-se no teocentrismo, isto é, Deus no centro de todas as coisas.

¹⁶ Esse novo pensamento se caracteriza pelo pensamento antropocentrismo, ou seja, o homem no centro, reformulando o pensamento teocentrismo.

mesmo a sua capacidade de olhar de fora e analisar o complicado governo do qual terminou fazendo parte¹⁷.

O que se percebe, é que o pensamento de Maquiavel acaba por permitir uma preocupação com a formação dos Estados e o tratamento do Homem, já que “com todos estes conselhos, a arte de se manter no poder coincide, no limite, com o ideal de “bem governar”. [...] Maquiavel vai mais longe: assegurar a vida coletiva, evitando desordens, é sobretudo permanecer ao lado do povo. Neste sentido, afirma:” A um príncipe pouco devem importar as conspirações se é amado pelo povo; mas quando este é seu inimigo e o odeia, deve temer a tudo e todos”.¹⁸

Com a abertura da política, o pensamento liberal na Idade Moderna se expandiu. São figuras de realce no pensamento liberal-individualista John Locke (1632-1704) Jean-Jacques Rousseau (1712-1778) e Emmanuel Joseph Siéyes (1748-1836).

Assim, vê-se que com o triunfo da solução liberal, os movimentos para reconhecimento de Direitos do Homem receberam um grande impulso, não só na Inglaterra, mas também na França.

As lutas pelos direitos do Homem na Idade Moderna não ficaram circunscritas apenas ao “velho mundo”. Na América, um panfleto de Tom Paine, *Bom Senso*, exortava à luta por liberdade. Em 1776, a Virgínia tomou a iniciativa e declarou-se independente, com uma explícita Declaração dos Direitos do Homem.

O Segundo Congresso de Filadélfia, reunido desde 1775, já manifestava caráter separatista. George Washington, da Virgínia, foi nomeado comandante das tropas americanas e encarregou uma comissão, liderada por Thomas Jefferson, de redigir a Declaração da Independência. Em 4 de julho de 1776, reunidos na Filadélfia, delegados de todos os territórios promulgaram o documento, com mudanças introduzidas por Benjamin Franklin e Samuel Adams.

Após o Tratado de Versalhes de 1783, a Inglaterra reconheceu a independência da colônia americana e, em 1787, a primeira Constituição dos Estados Unidos da América, pilar da identidade nacional, foi escrita por apenas cinquenta e cinco delegados, de doze Estados, presentes à convenção da Filadélfia. Nesta empreitada, os partidários da federação, chamados “federalistas”, contaram com a publicação, ao longo de oito meses, de oitenta e cinco artigos escritos por James Madison, Alexander Hamilton e John Jay, e assinados sob o pseudônimo comum de “plubius”, em defesa da adesão à união¹⁹.

¹⁷ Russell, ob. Cit, livro terceiro, pág. 20, sobre Maquiavel expõe que “sua filosofia política é científica e empírica, baseada na sua própria experiência dos assuntos, preocupada em declarar os meios de se chegar a determinados fins, sem se preocupar de saber se tais meios são considerados bons ou maus”.

¹⁸ In *História da Filosofia*, Nova Cultural, 1999, p. 160.

¹⁹ Uma passagem do federalista número LV nos dá uma dimensão de participação, não simplesmente do povo, mas do Estado. Esta ideia fica clara na discussão travada a respeito do número de representantes no órgão legislativo federal. “Deixando de lado a diferença entre os Estados menores e os maiores, como o Delaware, cuja câmara mais numerosa reúne 21 representantes, e Massachussets, onde eles somam entre trezentos e quatrocentos, constata-se uma diferença bastante considerável entre os Estados de população quase igual. A Pensilvânia não tem mais que um quinto dos representantes do último Estado mencionado. Nova York, cuja população está para a Carolina do Sul numa proporção de seis por cinco, tem pouco mais que um terço do número de representantes...” (in MADISON, James, HAMILTON, Alexander e JAY, John, *Os Artigos Federalistas – edição integral – São Paulo: Nova Fronteira, 1987, p. 367/368.*)

Nesta linha de apresentação, podemos ver que, nas sociedades modernas, através de uma intensa participação do povo nos movimentos revolucionários²⁰, houve o nascimento do que se convencionou chamar de Estado Liberal de Direito. Nesta época, sobressaiu-se o princípio basilar do constitucionalismo, já que esse, até os dias de hoje, é garantia da liberdade dos homens, impondo severas limitações aos governantes.

Mas passada a euforia do aparecimento do Estado Liberal, reações começaram a ecoar por toda a Europa contra o liberalismo. A ausência do Estado gerou na economia grandes monopólios que esmagavam a pequena iniciativa.

A despeito das preocupações liberais com a liberdade e a igualdade dos homens, a nova classe que surge nesta época, o proletariado, traz consigo também profundas desigualdades, além da miséria e dos grandes surtos epidêmicos. A renúncia do Estado, antes de ajudar, só prejudicava.

Este cenário propicia a retomada da consolidação da postura emancipatória de Direitos Sociais, agregando os chamados “direitos de segunda geração”, agora em favor pleno do discurso Social. Importante para a detecção da natureza deste novo discurso, a lição de *Spindel*²¹, na tentativa de expor o sentido de Socialismo, termo que hoje em dia, não constitui tarefa das mais simples.

Na lição de Spindel, essa dificuldade pode ser creditada à utilização ampla e diversificada deste termo, que acabou por gerar um terreno bastante propício a confusões, apontando que:

“Constantemente encontramos afirmações de que os comunistas lutam pelo socialismo, assim como também o fazem os anarquistas, os anarco-sindicalistas, os sociais-democratas e até mesmo os próprios socialistas. A leitura de jornais vai nos informar que os governos Cubano, Chinês, Vietnamita, Alemão, Austríaco, Inglês, Francês, Sueco entre outros, proclamam-se socialistas. Caberia então perguntar o que é que vem a ser este conceito, tão vasto, que consegue englobar coisas tão dispares. A História das Ideias Socialistas possui alguns cortes de importância. O primeiro deles é entre os socialistas Utópicos e os socialistas Científicos, marcado pela introdução das ideias de Marx e Engels no universo das propostas de construção da nova sociedade. O avanço das ideias marxistas consegue dar maior homogeneidade ao movimento socialista internacional. Pela primeira vez, trabalhadores de países diferentes, quando pensavam em socialismo, estavam pensando numa mesma sociedade - aquela preconizada por Marx - e numa mesma maneira de chegar ao poder”.

²⁰ ORDONEZ, Marlene e QUEVEDO, Júlio, *Coleção Horizontes. História*. Ed. IBEP. p. 146. “A Revolução Francesa exerceu influência sobre todas as demais revoluções democrático-liberais feitas pela burguesia, que extinguiram o feudalismo na Europa. Essa Revolução também teve implicações na América Latina, visto que esteve na raiz da formação dos Estados latino-americanos”.

²¹ SPINDEL, Arnaldo, *O que é Socialismo*. São Paulo: Editora Brasiliense. 4ª edição, 1993, pág. 32.

Neste ambiente, importante para o estabelecimento dos Direitos Sociais o surgimento do proletariado, o que acarretou em novas ideologias voltadas para a redenção da classe, como o anarquismo e socialismo²². Os socialistas desenvolveram várias teorias sobre como chegar ao poder através da participação em movimentos populares, realçando o embate de duas novas classes: a burguesia, dona dos meios de produção e capital e o proletariado, responsável pelo funcionamento das máquinas, donos de sua força de trabalho, o que, ao contrário das outras classes marginalizadas ao longo da história, garantiu a este proletariado o poder de parar a produção, ao cruzar os braços, em greve.

Foram dois teóricos alemães, Karl Marx e Friedrich Engels, que formularam uma proposta mais acabada de socialismo, no fim do século XIX.

Para Marx, o proletariado aparecia como a única classe social capaz de destruir de uma vez por todas a exploração do homem pelo homem, ao destruir o capitalismo, chegando ao poder pelo caminho da revolução. No poder, os trabalhadores se encarregariam de eliminar as diferenças sociais, o que assinalaria a passagem do socialismo ao comunismo²³.

Na outra ponta do fenômeno da postura emancipatória de Direitos Sociais, alinharam-se países que aderiram a um regime mais liberal, arrimado no regime democrático. Após a segunda guerra mundial, desenvolvem, propriamente dito, a teoria que culminou no chamado Estado Social de Direito. Nesta forma de pensamento, cabe ao Estado a eterna busca da igualdade entre os homens. Assim, sua mais importante missão é o estabelecimento de meios para que tal objetivo fosse finalmente atingido, sendo digno de referência o trabalho de Léon Duguit.²⁴

“São assim qualificadas todas as doutrinas que partem da sociedade para chegar ao indivíduo, do direito objetivo para o direito subjetivo, da norma para o direito individual. E, ainda, todas as doutrinas que consideram a validade da norma que se impõe ao homem enquanto ser social, derivando os seus direitos subjetivos das suas obrigações

²² **Anarquismo:** movimento que luta por uma sociedade onde ninguém tenha poder sobre ninguém. Também podem ser chamados de acratas, defensores da Acracia, do grego: *an* (sem) e *kratos* (governo). Os acratas, ou anarquistas, querem uma sociedade em que ninguém governe ninguém. Pela ênfase que dão à liberdade e à negação de qualquer autoridade, são também conhecidos como libertários; Sistema político que defende a anarquia. **Socialismo:** sistema econômico e político daqueles que pretendem reformar a sociedade pela incorporação dos meios de produção na comunidade, pelo retorno dos bens e propriedades particulares à coletividade, e pela repartição, entre todos, do trabalho comum e dos objetos de consumo. In Dicionário Brasileiro Globo, ed. Globo, 1978, pág. 93 e 1193.

²³ “Em Bruxelas, Marx continuou a ocupar-se de política. As condições eram propícias, pois a Europa estava sendo sacudida por comoveções sociais: em particular as revoluções de 1848, a queda de Luís Felipe, as jornadas de julho, na França, com repercussões que ensanguentaram a Alemanha no último **semestre desse mesmo ano. Marx começou, em Bruxelas, participando da recém-fundada liga dos Comunistas**, que para ele representava o primeiro ensaio de superar a contradição entre uma organização internacional e os agrupamentos nacionais em que se aglutinavam os operários. Foi para o segundo congresso da Liga que Marx e Engels prepararam o célebre *Manifesto Comunista*. O texto abre-se com uma análise da luta de classes e termina convocando os operários do mundo inteiro à união.” In MARX, *Para a Crítica da Economia Política. Do Capital, o Rendimento e suas Fontes*, Vida e Obra, São Paulo: Nova Cultural, 1999, p. 12.

²⁴ DUGUIT, Léon, *Fundamentos do Direito*, São Paulo: Ícone, 1996, p. 19.

sociais. Enfim, todas as doutrinas que concebem o homem como um ser social exatamente por estar submetido a uma regra social que lhe impõe obrigações com relação aos outros homens e cujos direitos derivam das mesmas obrigações, isto é, dos poderes que possui para realizar livre e plenamente seus deveres sociais”.

Importante se faz ressaltar que, deste modo, não há mais espaço privado totalmente protegido das ingerências estatais. Incumbe-se o Estado de regulamentar absolutamente todas as relações sociais, não havendo mais espaço para o individualismo, que reinava absoluto no Estado Liberal de Direito.

Em consequência do negativismo produzido pelo Estado que vivia sob um intenso positivismo formalista, o povo buscou uma nova forma de se conquistar a tão almejada justiça social. Entre elas, os cientistas do direito passaram a mencionar expressamente o que se convencionou chamar de “Direitos Prestacionais do Estado”.

A partir daí, se verifica que o povo reunido deve participar de modo firme e efetivo no processo político, nas decisões de Estado e no controle dos atos da Administração Pública. As reivindicações em torno da volta do ideário da justiça cresceram, já que a opinião pública não poderia mais aceitar que os conteúdos normativos estivessem longe da promoção da justiça, preocupação esta que sacudiu a comunidade jurídica, dando-se vulto à participação e à missão do jurista, como salientado por Cláudio Lembo²⁵:

“É claro que a democracia, na constante mutabilidade social que possibilita, permite a prevalência de seus valores básicos. É preciso apenas que a sociedade, por si e por seus agentes, atue constantemente, sem esmorecimento, na salvaguarda da essência da própria democracia. Essa tarefa exige extenuante análise da sociedade e de suas instituições. Tudo que estiver equivocado necessita ser realinhado.”

Foi assim, nas Constituições, que a postura emancipatória consagrou a busca pelo bem estar social. As sociedades reconheceram os ordenamentos devem prezar como seu mais elevado bem jurídico a defesa das liberdades e da dignidade humana. É preciso falar ainda que, a partir do Estado Democrático de Direito, o próprio homem passa a ser encarado como parte de uma comunidade, que interage com esta de inúmeras formas.

2.4 Os direitos sociais no mundo contemporâneo. A perspectiva emancipatória final

Podemos perceber, pela análise das obras atuais de juristas, que o debate contemporâneo se encontra centrado na efetividade dos Direitos do Homem.

E não poderia ser diferente, pois as democracias modernas trabalham no sentido de aprimorar, cada vez mais, a liberdade e a igualdade formal e material entre seus cidadãos, pois é na isonomia de fruição dos Direitos que se possibilita

²⁵ LEMBO, Cláudio. *O Futuro da Liberdade*. São Paulo: Edições Loyola, 1999, pág. 13.

a verdadeira liberdade para se exercitar uma sociedade apta a garantir dignidade e efetividade de Direitos Humanos, conduzindo à tão almejada paz social aos seus integrantes.

Nesse sentido importante consignar o pensamento de Hannah Arendt, exposto por Celso Lafer²⁶: *“Desta reflexão sobre a fundamental importância do princípio da isonomia como critério de organização do Estado-nação, e de sua análise da condição de apátridas, Hannah Arendt extrai a sua conclusão básica sobre os direitos humanos. Não é verdade que ‘todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos’, como afirma o art. 1º da Declaração Universal dos Direitos do Homem da ONU, de 1948, na esteira da Declaração de Virgínia de 1776 (artigo 1º), ou da Declaração Francesa de 1789 (art. 1º). Nós não nascemos iguais: nós nos tornamos iguais como membros de uma coletividade em virtude da decisão conjunta que garante a todos direitos iguais.”*

Desse modo, afastando propositadamente o antigo confronto “liberdade versus igualdade” - para se fixar na sua interdependência - recorreremos aos ensinamentos de Ralf Dahrendorf, que apresenta uma análise interessante sobre a posição enciclopédica da Dignidade da Pessoa Humana: *“São, além disso, os homens iguais por natureza, com relação à sua categoria existencial e, em particular, também com relação ao seu acesso às possibilidades de liberdade, enquanto faltam limitações arbitrárias de auto-realização. A esta igualdade se referem às fórmulas do seguinte teor: todos os homens são iguais “enquanto homens”, na sua “dignidade humana” [...]”*²⁷

Assim, verificado o legado histórico da construção dos Direitos do Homem, é necessário que o Estado contemporâneo tenha como seu escopo prestações negativas e positivas para a integral satisfação da dignidade do ser humano, momento em que a cláusula “Direitos Humanos” terá efetivamente consolidada, não apenas do ponto de vista da eficácia jurídica, mas também uma eficácia material (efetividade), consolidando uma perspectiva emancipatória dos Direitos Sociais.

Tal necessidade passa, então, a ser objeto principal da agenda internacional após a segunda grande guerra, como bem demonstra Janusz Symonides: “a análise dos instrumentos internacionais de direitos humanos confirma a convicção da comunidade internacional, assentada nas trágicas experiências da Segunda Guerra Mundial, de que o respeito pelos direitos humanos é a base para a paz. Assim, a frase, “o reconhecimento da dignidade inerente e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana é o fundamento da liberdade, justiça e paz no mundo”, formulada no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, viu-se repetida tanto no preâmbulo do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, quanto no Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966. Vários outros instrumentos enfatizaram que violações

²⁶ LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. P. 150.

²⁷ DAHRENDORF, Ralf. Sociedade e Liberdade. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1981, p. 250.

específicas dos direitos humanos, como a discriminação racial e o apartheid, podem comprometer a paz e ameaçar a segurança internacional.”²⁸

Assim, a responsabilidade internacional por violação de Direitos Humanos, entre eles os Direitos Sociais passou a ser imperiosa e dentro dessa perspectiva, os sistemas de proteção de Direitos Humanos ganham relevo, quando determinam reparação das violações perpetradas.

Mister colacionar que a “reparação” é considerado gênero, sendo possível várias espécies, como a restituição na íntegra, satisfação, cessação do ilícito, garantias de não repetição e outras.

ANDRÉ DE CARVALHO RAMOS²⁹ expõe sobre o protocolo 11 e o novo sistema europeu de proteção aos Direitos Humanos, esclarecendo-nos que “o procedimento para julgamento internacional do Estado da Convenção Europeia de Direitos Humanos é complexo, tendo sofrido importante modificação em novembro de 1998, com a entrada em vigor do Protocolo nº 11, que extinguiu a Comissão Europeia de Direitos Humanos e a antiga Corte Europeia de Direitos Humanos (não-permanente) e criou a nova Corte Europeia Permanente de Direitos Humanos. Anteriormente, as vítimas ou mesmo os Estados-partes apresentavam suas petições à Comissão ... Agora, com a entrada em vigor do protocolo nº 11, o indivíduo-vítima de violação de direitos humanos *deve apresentar sua ação diretamente à Corte Europeia Permanente de Direitos Humanos.*”

Em relação ao Sistema Americano de Proteção, temos que a Corte Interamericana de Direitos Humanos, órgão autônomo com sede em San José, na Costa Rica, tem por propósito aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados de Direitos Humanos, e tem cumprido com rigor seu papel, aplicando penas aos Estados-partes que vulnerem Direitos Humanos, incluídos nestes os Direitos Sociais.

3. A efetivação de direitos sociais e o tratamento dos movimentos grevistas no universo militar brasileiro

Tendo dessa maneira registrado a perspectiva emancipatória da Proteção dos Direitos Sociais, o que lhe garante, pois existência autônoma, não há como não se estender essa proteção efetiva ao universo militar.

Se verdade que os militares integram esse especial quadro de servidores, também é incontestável que se encontram eles dentro do gênero humano, comportando assim garantias aos seus Direitos Sociais.

E nessa linha, o legislador brasileiro não discrepou e, no cenário de movimentos grevistas de policiais militares fez editar a lei 12.191, de 13 de janeiro de 2010, que

²⁸ SYMONIDES, Janusz. *Novas Dimensões, Obstáculos e Desafios para os Direitos Humanos: Observações Iniciais*. In Direitos Humanos. Novas Dimensões e Desafios. Org. Janusz Symonides. Brasília: Unesco. Secretaria Especial de Direitos Humanos. 2003, p. 23.

²⁹ CARVALHO RAMOS, André de. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. Análise dos Sistemas de Apuração de Violações de Direitos Humanos e a Implementação das Decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 185.

concedeu anistia aos policiais e bombeiros militares dos Estados do Rio Grande do Norte, Bahia, Roraima, Tocantins, Pernambuco, Mato Grosso, Ceará, Santa Catarina e Distrito Federal, punidos por participar de movimentos reivindicatórios.

Não se pode dizer que tal anistia reconheceu o direito de greve aos militares, mas, em alinhamento à necessária proteção de Direitos Humanos e Sociais do Sistema Americano de Direitos, isentou ou punidos que participaram de movimentos reivindicatórios por melhorias de vencimentos e de condições de trabalho ocorridos entre o primeiro semestre de 1997 e a publicação da lei em 2010.

A anistia de que tratou a lei abrangeu os crimes definidos no Decreto-Lei no 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), e as infrações disciplinares conexas, sendo que o Superior Tribunal de Justiça já jurisdicionou caso concreto levado a seu conhecimento, tendo produzido a seguinte decisão:

HABEAS CORPUS Nº 174.462 - DF (2010/0097753-0)

RELATOR: MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

IMPETRANTE: ALESSANDRA CAMARANO MARTINS

IMPETRADO: TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS TERRITÓRIOS

PACIENTE : SIDNEY DA SILVA PATRICIO

VOTO

HABEAS CORPUS PREVENTIVO. POLICIAL MILITAR DO DF.MOVIMENTO REIVINDICATÓRIO POR MELHORIAS SALARIAS E DAS CONDIÇÕES DE TRABALHO. DENÚNCIA PELOS CRIMES DOS ARTS. 155, 209 C/C O ART. 30, II, 223, PARÁG. ÚNICO, 259 C/C O ART. 261, I, C/C O ART. 53, TODOS DO CPM (INCITAMENTO À INDISCIPLINA, LESÃO CORPORAL LEVE CONSUMADA E TENTADA, AMEAÇA E DANO QUALIFICADO). PRESCRIÇÃO DOS DELITOS DE LESÃO CORPORAL E AMEAÇA. ANISTIA CONCEDIDA PELA LEI 12.191/2010. PROCESSO ENVIADO AO TJDF/DF EM RAZÃO DA ELEIÇÃO DO ACUSADO PARA DEPUTADO DISTRITAL. DECISÃO DO RELATOR AFASTANDO A ANISTIA EM RELAÇÃO AO CRIME DE DANO QUALIFICADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO. DELITO PRATICADO DENTRO DO CONTEXTO DO MOVIMENTO REIVINDICATÓRIO.

DESDOBRAMENTO DAS DEMAIS CONDUTAS. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM CONCEDIDA, NO ENTANTO, PARA TRANCAR A AÇÃO PENAL INSTAURADA CONTRA O PACIENTE.

Dessa forma, não há como se negar que o legislador brasileiro reconheceu aos militares a proteção aos Direitos Sociais, neles incluído o Direito à Greve, reconhecendo uma postura emancipatória e vigência ao Sistema Americano de Proteção dos Direitos Humanos.

Referências bibliográficas

- ABRÃO, Bernardette Siqueira. História da Filosofia. São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- ALBUQUERQUE, Newton de Menezes, Teoria Política da Soberania, Belo Horizonte: Mandamentos, 2001.
- ALTERNER, Berthold; STUIBER Alfred. Patrologia. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2004.
- ARISTÓTELES. Política. FCN, 1978.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. Os Direitos Humanos e o Meio Ambiente. In Direitos Humanos. Novas Dimensões e Desafios. Org. Janusz Symonides. Brasília: Unesco. Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2003.
- CARVALHO, Olavo de. Filosofia Patrística e Escolástica. São Paulo: É Realizações Editora, 2007.
- CARVALHO RAMOS. André de. Direitos Humanos na Integração Econômica. Análise Comparativa da Proteção de Direitos Humanos e Conflitos Jurisdicionais na União Europeia e Mercosul. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- _____. Processo Internacional de Direitos Humanos. Análise dos Sistemas de Apuração de Violações de Direitos Humanos e a Implementação das Decisões no Brasil. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 185.
- COMPARATO. Fábio Konder. A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- DAHRENDORF, Ralf. Sociedade e Liberdade. Brasília: Editora Universidade de Brasília. 1981.
- DICIONÁRIO BRASILEIRO GLOBO. Ed. Globo, 1978.
- DUGUIT, Léon. Fundamentos do Direito. São Paulo: Ícone, 1996.
- GASPARI, Elio. *A Ditadura Envergonhada*. São Paulo: Cia das Letras, 2002.
- GUIMARÃES, Cristiane. Os Preceitos do Mundo. Itu: Revista Campo e Cidade. Faculdade de Direito de Itu. Dez/Jan 2010.
- KANT, Emmanuel. Doutrina de Direito. 2. ed. São Paulo: Ícone, 1993.
- LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos. Um Diálogo com o Pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- _____. Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948). In História da Paz. Os Tratados que Desenharam o Planeta. Org. Demétrio Magnoli. São Paulo: Contexto, 2008.
- LEMBO, Cláudio. Participação e Assistência Simples. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1991.
- _____. O Futuro da Liberdade. São Paulo: Edições Loyola, 1999.
- MADISON, James, HAMILTON, Alexander et JAY, John. Os Artigos Federalistas – edição integral – São Paulo: Nova Fronteira, 1987.
- MARX, Para a Crítica da Economia Política. Do Capital, o Rendimento e suas Fontes, Vida e Obra, São Paulo: Nova Cultural, 1999.
- MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. Rio de Janeiro: Forense, 2002.
- ORDONEZ, Marlene e QUEVEDO, Júlio. Coleção Horizontes. História. São Paulo: Ed. IBEP, 1979.

- PADOVANI, Umberto; CASTAGNOLA, Luís. História da Filosofia. São Paulo: Melhoramentos. 10ª Ed, 1974.
- PÁDUA, Marsílio. O Defensor da Paz, Petrópolis: Vozes, 1997.
- RAWLS, John. O Liberalismo Político. São Paulo: Editora Ática, 2000.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo: Saraiva, 2004.
- RUSSELL, Bertrand. História da Filosofia Ocidental. São Paulo: Editora Codil, 1969.
- SAUSSERE, Ferdinand. Curso de Linguística Geral. São Paulo: Cultrix, 1969.
- SPINDEL, Arnaldo. O que é Socialismo. São Paulo: Editora Brasiliense. 4ª edição, 1993.
- SYMONIDES, Janusz. Novas Dimensões, Obstáculos e Desafios para os Direitos Humanos: Observações Iniciais. In Direitos Humanos. Novas Dimensões e Desafios. Org. Janusz Symonides. Brasília: Unesco. Secretaria Especial de Direitos Humanos, 2003

Cassação de proventos da inatividade de Oficial policial militar reformado – reflexões sobre os efeitos da declaração de indignidade e incompatibilidade em conselho de justificação, de competência originária do Tribunal de Justiça Militar

*Evanir Ferreira Castillo**

A Lei Federal nº 5836, de 05 de dezembro de 1972, com adaptação para a órbita estadual paulista, pela Lei Estadual nº 186 de 04 de dezembro de 1973, disciplina os casos de perda de posto e da patente de oficial policial militar (similarmente ao que ocorre com os oficiais das forças armadas, perante o Egrégio Superior Tribunal Militar).

Trata-se de uma decisão destinada a julgar, através de processo especial, a incapacidade moral do militar de carreira, para permanecer no oficialato, criando-lhe condições para se justificar.

Enfatize-se que o mesmo procedimento se aplica ao oficial da reserva remunerada ou ao reformado, presumivelmente incapaz de permanecer na situação de inatividade em que se encontra.

Os motivos para aquela instauração estão especificados no art. 2º daquela Lei Federal, em seu inciso I, alíneas “a”, “b” e “c”, além dos incisos II, III, IV e V, e seu parágrafo único.

Vale destacar que para esta reflexão, interessa-nos tão somente a hipótese do inciso I e suas alíneas, a saber: “o militar acusado oficialmente, ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter: a) procedido incorretamente no desempenho do cargo; b) tido conduta irregular; ou c) praticado o ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe.”

No caso concreto, decisão do Tribunal Militar de São Paulo apreciou conduta de oficial que praticara crime de falso testemunho em inquérito policial militar instaurado contra seu colega de farda, ambos em plena atividade policial. Aquele falso testemunho foi reiterado em Juízo.

Consoante o art. 5º da norma federal o Conselho se compõe de três policiais da ativa de posto superior ao do justificante, presidindo-o o superior dentre eles, sendo “interrogante” o oficial subsequente nessa mesma ordem, e o mais moderno, o “escrivão”.

A defesa foi amplamente exercida, tanto na fase disciplinar, com diversos requerimentos apreciados e suas alegações finais. Para não fugir ao espírito deste trabalho, vale consultar aquela legislação disciplinadora do procedimento, devendo os trabalhos do colegiado militar encerrar-se em sua primeira fase com um relatório final, concluindo-se se o justificante é culpado ou não do que lhe fora imputado.

* Juiz Vice-Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, Decano.

Com o termo de encerramento o feito é remetido ao seu Secretário de Segurança Pública, o qual por suas diversas assessorias, aceita ou não a justificação e o relatório do colegiado, exarando uma dentre cinco determinações, a saber: I – o arquivamento do processo, por entender procedente a justificação; II – a aplicação de uma pena disciplinar se culpado o oficial por contravenção ou transgressão disciplinar (Lei Complementar Estadual 893/2001); III – transferência do justificante para a reserva remunerada e os atos necessários para tal efetivação, por entendê-lo não habilitado para acesso em caráter definitivo; IV – se houver conduta considerada como crime, remessa ao Juízo Militar para o respectivo e eventual procedimento penal; V – remessa ao Tribunal de Justiça Militar, em face do enquadramento no art. 2º, inc. I, III e V, da Lei 5.836 de 1972.

Para a presente reflexão, importa-nos tão somente a última opção do Senhor Secretário de Segurança Pública, qual seja, a remessa do processo ao Tribunal de Justiça Militar.

A toda evidência o feito, até aqui, meramente disciplinar e administrativo, com todas as possíveis opções para seu encerramento com a decisão daquela elevada autoridade administrativa (Secretário de Segurança Pública), entra em sua possível fase judiciária, perante a Corte competente, em grau originário e com expressa previsão na Constituição Federal e Estadual, respectivamente, nos artigos 125, §4º e 81, §1º.

Nos estados em que não há Tribunal Militar, só existente em três deles (Rio Grande do Sul, São Paulo e Minas Gerais) essa atribuição é do próprio Tribunal de Justiça, conforme o próprio art. 125 da Carta da República.

Distribuído o feito a um dos membros da Corte, que será seu relator, abre-se o prazo de cinco dias para a defesa manifestar-se por escrito sobre todo o processado, ensejado o devido processo legal, a ampla defesa e o contraditório judicial, não obstante as manifestações anteriores, na fase administrativa do conselho instaurado.

Superada essa fase, com as alegações defensivas, passa-se ao julgamento judicial, com relatório e voto do relator, seguido do seu revisor e demais integrantes da corte na ordem inversa de antiguidade (primeiro os mais modernos e por fim os mais antigos), tudo na forma prevista no regimento interno do Tribunal de Justiça Militar.

Duas opções legais se abrem para a Corte: I – declaração de indignidade e ou incompatibilidade, determinando a perda de posto e da patente do oficial; II – reforma disciplinar, no posto de atividade, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

Tão logo publicado o acórdão é efetuada a demissão do oficial e conseqüente perda de posto e patente. A Lei Federal só cogita de proventos proporcionais ao tempo de serviço, quando determinada a sua reforma. Acrescenta a mesma Lei Federal que a prescrição ocorre em seis anos computados da data em que foram praticados os casos previstos na mesma lei, enquanto que aqueles também previstos no Código Penal Militar como crime, prescrevem nos prazos nele estabelecidos (art. 18).

O móvel desta abordagem cinge-se à recente decisão majoritária do pleno do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo que, em idos de 29 de fevereiro de 2012, a apreciar e decidir feitos desta natureza, referente a um oficial reformado, que

praticara a conduta desonrosa de atividade, considerou-o indigno e incompatível com o oficialato, decretando a perda de seu posto e patente, conforme relatório e voto do Eminentíssimo Relator, Fernando Pereira, seguido dos votos do Revisor Clóvis Santinon, e dos demais seis Magistrados da Corte, todos convergentes com o Relator.

Tradicionalmente, a Corte vinha entendendo não conhecer da questão dos proventos da inatividade quando se tratasse de oficial reformado, como ocorrera no caso em apreço.

Para aqueles casos envolvendo oficiais da ativa, a decisão de perda de posto e da patente implicava em perda dos vencimentos, de forma uniforme.

Portanto, conclui-se que a indignidade e a incompatibilidade implicavam em exclusão automática dos oficiais da ativa da folha de pagamento e do orçamento de pessoal da corporação.

Ocorre que a nobre defesa, solicitando a palavra, destacou que se tratava de um oficial reformado, no caso concreto, e portanto, já usufruindo dos proventos da inatividade, embora tendo praticado a conduta alvo da justificação em situação de atividade. Daí pleitear a defensoria a manter do benefício.

A insistência defensiva, em seu exposto pedido escrito e oral levou a Casa Julgadora a considerar a questão inicial. Relator e Revisor ainda optavam por não conhecer do tema por extrapolar os limites da Jurisdição da Corte. Nesse mesmo sentido sucederam-se outros três votos.

Usando da prerrogativa de ser o Juiz mais antigo, o autor desta reflexão, pedindo a palavra pela ordem ousou discordar de seus pares, que, por insistência da defesa passaram a adotar posicionamentos divergentes, com dois votos mantendo os proventos, um voto isolado não conhecendo da questão. Entretanto, o voto derradeiro, com a vênua para discordar dos antecessores pretendia examinar o pleito defensivo quanto à manutenção ou não daqueles proventos, pela expressa insistência defensiva.

O primeiro argumento trazido pelo voto do autor desta reflexão cingiu-se à relevância das funções da Corte, única no Estado de São Paulo neste mister. Não era de se admitir que o intrincado procedimento do Conselho de Justificação se destinasse a obter do Poder Judiciário, tão-somente, a perda de um título ou de um “crachá”. Afinal, nossa decisão não teria a força de alterar a mentalidade popular que continuaria a tratar o antigo oficial pela sua denominação funcional. Para isso não haveria necessidade de uma corte castrense, cuja relevante atividade restaria minimizada em suas funções judicantes.

Além do mais, sobre o aspecto legal destacou-se a própria Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-lei nº 4.657, de 04 de setembro de 1942), que em seu art. 5º enuncia um princípio basilar da judicatura: “*na aplicação da lei o juiz atenderá aos fins a que ela se destina e às exigências do bem comum*”.

Inegavelmente, os ditames da Lei de Introdução impõem aos julgadores a busca dos fins sociais e as exigências do bem comum, em detrimento daquilo que é individual, inclusive em matéria de perda de posto e patente, mesmo em relação a proventos da inatividade.

No caso concreto trata-se de oficial PM que cometera a conduta irregular (igualmente criminosa – falso testemunho) em plena atividade funcional, inativado após isso.

As exigências do bem comum e os fins sociais, além de se contraporem à sua permanência na Corporação, mesmo inativo, incidem na própria folha de pagamento da instituição que integrara e desonrou.

Daí a indispensável exclusão também do orçamento público do indigno e incompatível com a função, pena de resvalarem os julgadores nas raias do ilícito da improbidade administrativa, por lesarem aqueles proventos da inatividade os cofres públicos do Estado de São Paulo e o orçamento da despesa de pessoal inativo do Estado.

Parece ilógico onerar-se a verba pública com pagamentos à ex-integrante da Corporação indigno ou incapaz de nela permanecer. Não se pode determinar que o erário agasalhe os proventos de inatividade daquele que sofreu, em “última análise”, a verdadeira “morte civil”. Antes até se poderia pensar em aquinoar seus pensionados, cônjuge e dependentes.

A mesma Lei de Introdução referida aduz em seu art. 4º outra orientação para o julgador, no sentido de que, como comentado por alguns votos, a lei seria omissa quanto à perda de proventos. Argumenta-se na esteira daquele dispositivo que “quando a lei for omissa, o Juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito”.

No caso concreto estabelece-se o princípio geral do direito de dar a cada um o que é seu, a exemplo do tratamento dispensado ao servidor público civil, que na forma do estatuto respectivo pode sofrer o decreto de cassação de aposentadoria. De forma similar deve ser o tratamento dispensado ao policial militar.

De outro bordo, também, não se pode argumentar que o oficial inativo, ao perder posto e patente, por indignidade ou incompatibilidade com aquela função, reste ao desamparo, com os seus familiares.

A Constituição Federal de 1988, ao disciplinar a Previdência Social, em seu art. 201 e seus treze parágrafos, enumera autênticas garantias para seus beneficiários e contribuintes.

No caso concreto, o inativo do Estado que venha a perder benefícios e proventos tem assegurada a contagem de tempo de serviço e de contribuição, para efeitos de aposentadoria, com a Contagem Recíproca normal do tempo de contribuição na administração pública e na atividade privada, rural e urbana, hipótese em que os diversos regimes de previdência social se compensarão financeiramente. Segundo os critérios estabelecidos em lei (§9º do art. 201 da CF).

Na mesma esteira deste entendimento, a Lei 8.213 de 24.07.91, com alterações posteriores, dispõe sobre os planos de benefícios da previdência social, em seu artigo 94, §1º: “a compensação financeira será feita ao sistema a que o interessado estiver vinculado ao requerer o benefício pelos demais sistemas, em relação ao respectivo tempo de contribuição e de serviço”. E o art. 99: “o benefício resultante de contagem de tempo de serviço na forma desta Seção será concedido e pago pelo sistema a que o interessado estiver vinculado ao requerê-lo e calculado na forma da respectiva legislação”.

A partir dessa sucessiva argumentação do Juiz Decano e considerando o pedido defensivo, relator e revisor pediram vênia para reconsiderar seus votos quanto ao não conhecimento da perda de proventos para aderir ao entendimento defendido pelo voto condutor, formando-se maioria (três votos), destacando-se dois outros que mantinham os proventos e um sexto voto que insistia em não conhecer da questão, todos eles fartamente motivados e convictos legitimamente.

A questão é de alta relevância, e daí esta proposta de reflexão.

Afirma o Eminent constitucionalista JOSÉ AFONSO DA SILVA que “*qualquer pessoa que contribua para a previdência social, na forma dos planos previdenciários, tem assegurados os benefícios previdenciários como prestações pecuniárias dos quais o mais importante é a APOSENTADORIA*” (Comentário Contextual à Constituição – 4ª edição, São Paulo, Malheiros Editores Ltda., pág. 775).

Não podemos olvidar, ainda, de que o argumento relacionado à proteção dos familiares do indigno, ou incompatível com o oficialato, não enseja justificação à manutenção dos proventos pelo orçamento da Corporação.

Do próprio V. Acórdão destaca-se a seguinte citação: “*verifica-se, dessa forma, que o Oficial, nesse caso, poderá, a partir daí, desenvolver alguma atividade na iniciativa privada, tornando-se um contribuinte do Regime Geral de Previdência, somando o tempo de serviço prestado anteriormente à Polícia Militar e, atendidos os requisitos exigidos do trabalhador em geral, conseguir sua aposentadoria por tempo de serviço ou por invalidez, caso esta seja reconhecida como impeditiva para o exercício de qualquer atividade*”.

Tamanha a força da decisão da Corte Militar que, ao final da mesma recomenda-se ao Comando da Corporação adotar medidas necessárias, até mesmo, para a cassação de medalhas, láureas e condecorações eventualmente outorgadas, juntando-se súmula da decisão ao prontuário funcional do Oficial injustificado.

São aspectos relevantes que se projetam na questão dos proventos da inatividade. Por outro lado, é preciso não esquecer um dos pressupostos fundamentais em qualquer ramo do Direito, consistente no aforismo: “o acessório segue o principal”.

Ora, se o principal seria o posto e a patente do Oficial Policial Militar, que já lhe haviam sido cassados na primeira parte da decisão, por indignidade e incompatibilidade, nada mais lógico que o “acessório” representados pelos seus proventos da inatividade, devam seguir, coerentemente, a mesma cassação.

Nem resiste o argumento do direito adquirido, tal como definido no art. 5º, inc. XXXVI, da CF, que atinge absoluta relatividade. É o próprio José Afonso da Silva que na obra já citada, pág. 134, reafirma: “*não ocorre direito adquirido contra o interesse coletivo, por ser aquele a manifestação do interesse particular, não podendo prevalecer sobre o interesse geral*”.

Precioso ensinamento é coerente com a própria Lei de Introdução. O interesse coletivo está em não mais remunerar pelo orçamento da Polícia Militar Bandeirante, destinado às despesas de seu vultoso desempenho e dos integrantes legítimos da Corporação, não se podendo estender tal benesse aos indignos e incompatíveis com a função ou inatividade exercida, alvo de cassação.

Ademais, no confronto entre pretérito ato jurídico perfeito, de interesse particular, contrapõe-se na atualidade o interesse geral e coletivo, representado pelo decreto judicial, redundando em submissão do não justificado ao Regime Geral da Previdência Social, pela contagem recíproca de seu tempo de serviço público, a exemplo de qualquer segurado, que normalmente não incidiu nos seus deslizes e condenações.

Afinal, oficial injustificado não pode usufruir de maiores regalias do que o cidadão comum, segurado da previdência social ao longo de uma vida de trabalho e não maculado por qualquer perda de dignidade ou compatibilidade, sob pena de se lesar o cofre público da Corporação.

Resta lembrar, que a jurisdição é irrenunciável, não podendo o julgador abster-se de exercê-la, a pretexto de que a lei é obscura, omissa, contraditória ou não enfoca expressamente a questão. Quem pode o mais pode o mais, pode o menos, e o acessório segue o principal.

O argumento de não previsão de competência para apreciar perda de proventos do inativo levaria a um possível conflito negativo com a Justiça Comum, redundando em eventual percepção do acessório com a perda do principal. Parece mais lógico a harmônica interpretação de que a perda dos proventos seja decorrência da mesma perda de posto e patente.

Ademais, surge o argumento no sentido de que quando o legislador pretendeu, naquela Lei Federal, manter os proventos da inatividade, pelo decreto de reforma disciplinar, que não implica perda de posto e patente e sim, em proventos proporcionais ao tempo de serviço, fê-lo expressamente.

O mesmo não ocorreu em relação à indignidade e incompatibilidade, portanto sujeitando este caso à perda dos vencimentos da atividade ou proventos da inatividade.

Dessa visão lógica decorre que a perda de posto e patente implica necessariamente na cassação dos vencimentos do ativo ou dos proventos do inativo, por não assegurada a vantagem, como na hipótese de reforma disciplinar, que o faz expressamente.

É bem de ver que aquela decisão, apenas majoritária (3x2x1) ainda é suscetível de profundas reflexões, objetivo maior destas considerações que, despretensiosamente nos foram dadas elucubrar, para as necessárias considerações elevadas dos especialistas da matéria.

A repercussão do tema é relevante, até por eventualmente incidir em casos pretéritos e futuros. Não se pode afastar a idéia de que o servidor público civil fica sujeito à cassação de aposentadoria, com submissão ao regime previdenciário, pelo tempo de serviço e de contribuição.

São as considerações que entendemos cabíveis, na certeza de que a relevância da questão e as repercussões do decisório e posicionamentos defendidos nos votos, em divergência, merecem maiores indagações e reforços de argumentos promanados das esferas superiores e do entendimento geral do bem comum e dos fins sociais, em relação ao interesse individual. Sob censura.

A Justiça Militar e a competência para julgamento da ação de improbidade administrativa e para julgamento da perda da graduação, do posto e patente

Michel Straub*

Conceito

Conforme afirma SÉRGIO RICARDO FERNANDES DE AQUINO^[1], em seu trabalho *“Moralidade e improbidade administrativa: parâmetros de definição e atuação”*, bem conceitua improbidade administrativa: *“Ora, se o agente administrativo não conduzir sua ação para o bem comum ele, fatalmente, descumprirá a conduta para o qual a sua ação deve estar voltada, cometendo, assim, a improbidade administrativa, regulada pela Lei n.º 8.429/92.”*

WELLINGTON PACHECO BARROS^[2] leciona que: *“A palavra improbidade vem do radical latino **probus**, que significa crescer reto, e na tradição da língua portuguesa significa ter caráter, ser honesto, ser honrado. Por via de conseqüência, não ter probidade ou ser ímprobo significa não ter caráter, ser desonesto ou desonrado.”*

Já ARISTIDES JUNQUEIRA VIEIRA^[3] conceitua improbidade administrativa: *“como espécie do gênero imoralidade administrativa, qualificada pela desonestidade de conduta do agente público, mediante a qual este se enriquece ilicitamente, obtém vantagem indevida, para si ou para outrem, ou causa dano ao erário.”*

Essas características acima elencadas encontram-se nos artigos 9º, 10 e 11 da Lei 8.429/92 com a finalidade de fazer valer o interesse coletivo e sobrepujá-lo ao individual (Princípio da Supremacia do interesse público).

Na verdade, para se caracterizar a improbidade, deve-se provar a vontade do agente em querer dilapidar o patrimônio público, pois, o que conta no final, não são os meios, mas a conduta de desonestidade manifestada pelas características acima elencadas. Por isso, se o ato de improbidade administrativa estiver caracterizado e dele constatar-se que o agente não teve a intenção de fazê-lo, este não comete improbidade e, sim, uma imoralidade administrativa.

ALEXANDRE DE MORAES^[4] elucida: *“O ato de improbidade administrativa exige para sua consumação um desvio de conduta do agente público, que no exercício indevido de suas funções, afaste-se dos padrões éticos e morais da Sociedade, pretendendo obter vantagens materiais indevidas ou gerar prejuízos*

* Advogado militante na Justiça Militar do Estado de São Paulo, Pós-Graduando em Direito Militar na Escola Paulista de Direito – EPD.

¹ extraído do site da internet (<http://www.ambito-juridico.com.br>)

² BARROS, Wellington Pacheco. **O município e seus agentes**. p. 177

³ ALVARENGA, Aristides Junqueira. **Improbidade Administrativa, questões polêmicas e atuais**. p. 88

⁴ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. p. 320

ao patrimônio público, mesmo que não obtenha sucesso em suas intenções, como ocorre nas condutas tipificadas no art. 11 da presente lei.”

ARISTIDES JUNQUEIRA VIEIRA^[5], arremata: “(...) a conduta de um agente público pode ir contra o princípio da moralidade, no estrito sentido jurídico-administrativo, sem, contudo, ter a pecha da improbidade, dada a ausência de comportamento desonesto - atributo, esse, que distingue a espécie (improbidade) do gênero (imoralidade)”.

O Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo proferiu a seguinte decisão acerca do tema^[6,7]:

*Constada a conduta lesiva do Prefeito em levar, às expensas do erário, esposa e filhos a Congresso de Municípios: abuso configurado. Desvio de finalidade pública. Ofensa à moralidade administrativa quando, ao contrário, a gestão do patrimônio da coletividade, se com base nos princípios da legalidade e probidade. Ação procedente. Embargos rejeitados. Ação civil pública. **Improbidade administrativa**. Legitimidade. Ministério Público. Defesa do patrimônio público. Interesse coletivo. É o entendimento dominante que a ação civil pública é a via constitucional adequada para se apurar eventual lesão ao erário público, bem como pleitear o ressarcimento dos danos causados, tendo o Ministério Público legitimidade total para propô-la. Leis com procedimentos diversos. Compatibilidade de pedidos. Rito ordinário. Ato de **improbidade administrativa** podem ser investigados por meio de ação civil pública, ainda que suas leis instituidoras tenham previstos ritos processuais diversos, desde que, para isso, seja imprimido ao feito o rito mais complexo (ordinário).*

Denota-se, desse modo, a real necessidade de se defender e preservar esses institutos morais e éticos, já que a Administração Pública nada mais é do que o reflexo de sua sociedade, que anseia, hodiernamente, pela transparência de seus atos.

Para elucidar melhor certos pontos dissertados no item anterior, explicar-se-á melhor a diferença entre imoralidade e improbidade.

JOSÉ AFONSO DA SILVA^[8] assevera que “*todo o ato lesivo ao patrimônio agride a moralidade administrativa.*”

Ao fazer tal colocação, o autor acima faz menção à improbidade sem, contudo, explicar que nem todos os atos ímprobos são realizados pela vontade do agente, não enfatizando, dessa forma, a caracterização de vontade do ato representado pelo dolo ou culpa, consoante faculta o art. 10 da Lei nº 8.429/92.

A matéria necessita de um melhor aprofundamento. Segundo o referido dispositivo legal, a improbidade administrativa possui duas modalidades de conduta:

⁵ ALVARENGA, Aristides Junqueira, Op. cit. Pag. 89

⁶ **Boletim de Direito Municipal**, p. 324, maio de 1992, Ac. de 09.05.90, Rel. Des.Manuel Carlos

⁷ In Apelação cível n. 2003.009176-9, de Urubici - Relatora: Juiz Sônia Maria Schmitz.

⁸ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. p. 465

a *dolosa* e a *culposa*. Na categoria **dolo**, tem-se que o agente visualiza o dano e o faz para aquele fim específico, ou seja, ela é uma característica intrínseca do conceito de improbidade administrativa, em toda a extensão da palavra, bem como é a própria caracterização da vontade em querer dilapidar o erário, sendo, no sentido popular, ligado à pessoa desonesta e ao conceito de desonestidade.

ARISTIDES JUNQUEIRA VIEIRA^[9] coloca o dolo com prioridade: “(...) *Torna-se difícil, senão impossível, excluir o dolo do conceito de desonestidade e, conseqüentemente, do conceito de improbidade (...)*”.

ALEXANDRE DE MORAES^[10] complementa que “*para a ocorrência de um ato de improbidade descrito neste artigo, há a necessidade da existência da vontade livre e consciente do agente em realizar qualquer das condutas nele descritas.*”

Contudo, se o dolo é uma característica intrínseca da improbidade e do conceito de desonestidade, fácil é concluir que a modalidade culpa - onde o agente não quer o resultado, mas o fim acaba acontecendo por qualquer outro motivo - não enseja a improbidade, tornando ela, deste modo, uma característica inegável da **imoralidade** do ato.

HANS Kelsen^[11] nos ensina a seguinte lição: “(...) *a conduta social de um indivíduo é injusta quando contraria uma norma que prescreve uma determinada conduta; a justiça de um indivíduo é a justiça da sua conduta social; e a justiça da sua conduta social consiste em ela corresponder a uma norma que constitui o valor justiça e, neste sentido, ser justa.*”

A Emenda Constitucional n° 19, de 04 de junho de 1998, trouxe nova redação ao artigo 37, que dispôs os fundamentos para a elaboração do artigo 11 da Lei n° 8.429/92, incluindo nos princípios constitucionais, os da **publicidade** e **eficiência**:

*“Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, **publicidade** e **eficiência** e, também, ao seguinte: (...)”*^[12]

Desenvolvimento. Competência da justiça militar x justiça comum

O tema ora mencionado traz em seu bojo saber se as ações de improbidade administrativa contra servidores públicos militares devem ser julgadas pela Justiça Comum Estadual ou pela Justiça Militar Estadual.

Entende-se que a referida Ação de Improbidade Administrativa não pode ser afastada da competência dos Tribunais de Justiça Militar, nos Estados da Federação

⁹ ALVARENGA, Aristides Junqueira, Op. cit. Pag. 89

¹⁰ MORAES, Alexandre de. Op. cit., pág. 326

¹¹ Kelsen, Hans. **O problema da Justiça**. p. 03

¹² BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, Senado Federal, Centro Gráfico, 1988

que possuem a especializada, ou seja, a 1º Instância (competência originária) e 2º Instância em grau de recurso.

Dispõe o art. 14, § 3º, da Lei de Improbidade (Lei nº 8.429/92)

Art. 14 - ...

§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares. (g.n)

Embora o objeto da ação civil por improbidade administrativa tenha foco principal na conduta do agente, de modo a verificar se ela feriu ou não os princípios estabelecidos nos artigos 9º, 10 e 11, *caput* da Lei nº 8.429/92, não se pode perder de vista que toda a sua conduta **vai ser estabelecida com base nos referidos regulamentos militares, conforme preceitua a própria Lei nº 8.429/92 em seu art. 14, § 3º, já mencionado.**

Parece, assim, não ser possível analisar a ação civil por ato de improbidade administrativa de servidor militar sem se levar em conta o caráter disciplinar da falta cometida. E, neste caso, conforme preceitua o art. 125, § 5º, da CF/88 compete ao Juiz de Direito do Juízo Militar julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares:

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Em face das alterações trazidas pela EC nº 45/2004 a competência para processar e julgar as ações que visem a perda de função pública de militar é de competência da Justiça Especializada, no caso, a Justiça Militar.

Necessário ainda consignar o seguinte: o Militar Estadual sujeito passivo da Ação de Improbidade Administrativa eventualmente a ser proposta pelo Ministério Público Estadual, e inserindo-o na hipótese prevista nos artigos 9º, 10 e 11, *caput* e da Lei nº 8.429/92, comete o equívoco, com a devida vênia, vejamos:

Art. 9º - Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título

de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público;

II - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem móvel ou imóvel, ou a contratação de serviços pelas entidades referidas no art. 1º por preço superior ao valor de mercado;

III - perceber vantagem econômica, direta ou indireta, para facilitar a alienação, permuta ou locação de bem público ou o fornecimento de serviço por ente estatal por preço inferior ao valor de mercado;

IV - utilizar, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidores públicos, empregados ou terceiros contratados por essas entidades;

V - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para tolerar a exploração ou a prática de jogos de azar, de lenocínio, de narcotráfico, de contrabando, de usura ou de qualquer outra atividade ilícita, ou aceitar promessa de tal vantagem;

VI - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indireta, para fazer declaração falsa sobre medição ou avaliação em obras públicas ou qualquer outro serviço, ou sobre quantidade, peso, medida, qualidade ou característica de mercadorias ou bens fornecidos a qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

VII - adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

VIII - aceitar emprego, comissão ou exercer atividade de consultoria ou assessoramento para pessoa física ou jurídica que tenha interesse suscetível de ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público, durante a atividade;

IX - perceber vantagem econômica para intermediar a liberação ou aplicação de verba pública de qualquer natureza;

X - receber vantagem econômica de qualquer natureza, direta ou indiretamente, para omitir ato de ofício, providência ou declaração a que esteja obrigado;

XI - incorporar, por qualquer forma, ao seu patrimônio bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

XII - usar, em proveito próprio, bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei.

Seção II

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Causam Prejuízo ao Erário

Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

I - facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei;

II - permitir ou concorrer para que pessoa física ou jurídica privada utilize bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

III - doar à pessoa física ou jurídica bem como ao ente despersonalizado, ainda que de fins educativos ou assistências, bens, rendas, verbas ou valores do patrimônio de qualquer das entidades mencionadas no art. 1º desta lei, sem observância das formalidades legais e regulamentares aplicáveis à espécie;

IV - permitir ou facilitar a alienação, permuta ou locação de bem integrante do patrimônio de qualquer das entidades referidas no art. 1º desta lei, ou ainda a prestação de serviço por parte delas, por preço inferior ao de mercado;

V - permitir ou facilitar a aquisição, permuta ou locação de bem ou serviço por preço superior ao de mercado;

VI - realizar operação financeira sem observância das normas legais e regulamentares ou aceitar garantia insuficiente ou inidônea;

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie;

VIII - frustrar a licitude de processo licitatório ou dispensá-lo indevidamente;

IX - ordenar ou permitir a realização de despesas não autorizadas em lei ou regulamento;

X - agir negligentemente na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público;

XI - liberar verba pública sem a estrita observância das normas pertinentes ou influir de qualquer forma para a sua aplicação irregular;

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente;

XIII - permitir que se utilize, em obra ou serviço particular, veículos, máquinas, equipamentos ou material de qualquer natureza, de propriedade ou à disposição de qualquer das entidades mencionadas no

art. 1º desta lei, bem como o trabalho de servidor público, empregados ou terceiros contratados por essas entidades.

XIV – celebrar contrato ou outro instrumento que tenha por objeto a prestação de serviços públicos por meio da gestão associada sem observar as formalidades previstas na lei; (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

XV – celebrar contrato de rateio de consórcio público sem suficiente e prévia dotação orçamentária, ou sem observar as formalidades previstas na lei. (Incluído pela Lei nº 11.107, de 2005)

Seção III

Dos Atos de Improbidade Administrativa que Atentam Contra os Princípios da Administração Pública

Art. 11. *Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:*

I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;

III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;

IV - negar publicidade aos atos oficiais;

V - frustrar a licitude de concurso público;

VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;

VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

O argumento mais convincente para se afastar a tese de que não compete à Justiça Comum Estadual julgar atos de improbidade de policiais militares é de que a competência originária para julgar a perda da função pública de militares é da Justiça Militar Estadual, nos termos do art. 125, §§ 4º e 5º da CF/88, com redação dada pela EC nº 45/2004, *verbi*:

§ 4º 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

Da leitura dos dispositivos depreende-se que o Tribunal de Justiça Militar é o único Tribunal especializado e detentor de competência para o julgamento da perda da função pública do militar, porque esta implica, diretamente, na perda do posto e patente dos oficiais e graduação das praças, e esta competência está prevista no art. 125, § 4º, da CF/88.

Para definirmos a competência neste caso, necessário será uma análise de mérito da questão, no caso, da conduta do servidor público militar, sob o ponto de vista do ato disciplinar.

Constatamos que todos os atos de improbidade administrativa estão previstos em diversos regulamentos disciplinares, no caso de São Paulo a Lei Complementar 893/01 (RDPM), os Militares do Rio de Janeiro são regidos por legislação específica (Bombeiros e Policiais Militares) Decreto nº 6.579, de 05 de março de 1983 e Lei nº 443, de 1º de julho de 1981 e ainda, **Decreto nº 3.767, de 4 de dezembro de 1980 (Legislação específica do Corpo de Bombeiros do Rio de Janeiro)**.

Bem por isso, na quase totalidade das vezes, constatamos que os fundamentos do Ministério Público Estadual, nas ações de improbidade administrativa contra policiais militares, estão umbilicalmente ligados em Regulamento Disciplinar.

Vejamos por exemplo o RDPM/SP, Lei Complementar 893/01:

Art. 7º - Os valores fundamentais, determinantes da moral policial-militar, são os seguintes:

I - o patriotismo;

II - o civismo;

III - a hierarquia;

IV - a disciplina;

V - o profissionalismo;

VI - a lealdade;

VII - a constância;

VIII - a verdade real;

IX - a honra;

X - a dignidade humana;

XI - a honestidade;

Art. 8º - Os deveres éticos, emanados dos valores policiais-militares e que conduzem a atividade profissional sob o signo da retidão moral, são os seguintes:

I - cultivar os símbolos e as tradições da Pátria, do Estado de São Paulo e da Polícia Militar e zelar por sua inviolabilidade;

II - cumprir os deveres de cidadão;

...

VIII - cumprir e fazer cumprir, dentro de suas atribuições legalmente definidas, a Constituição, as leis e as ordens legais das autoridades competentes, exercendo suas atividades com responsabilidade, inculcando-a em seus subordinados;

...

XIII - ser fiel na vida policial-militar, cumprindo os compromissos relacionados às suas atribuições de agente público;

...

XV - zelar pelo bom nome da Instituição Policial-Militar e de seus componentes, aceitando seus valores e cumprindo com seus deveres éticos e legais;

...

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

XIX - conduzir-se de modo não subserviente sem ferir os princípios de respeito e decoro;

XX - abster-se do uso do posto, graduação ou cargo para obter facilidades pessoais de qualquer natureza ou para encaminhar negócios particulares ou de terceiros;

...

XXIII - considerar a verdade, a legalidade e a responsabilidade como fundamentos de dignidade pessoal;

...

XXX - exercer a função pública com honestidade, não aceitando vantagem indevida, de qualquer espécie;

...

XXXII - não abusar dos meios do Estado postos à sua disposição, nem distribuí-los a quem quer que seja, em detrimento dos fins da administração pública, coibindo ainda a transferência, para fins particulares, de tecnologia própria das funções policiais;

XXXIII - atuar com eficiência e probidade, zelando pela economia e conservação dos bens públicos, cuja utilização lhe for confiada;

Art. 9º - *A disciplina policial-militar é o exato cumprimento dos deveres, traduzindo-se na rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamentos, normas e ordens, por parte de todos e de cada integrante da Polícia Militar.*

...

Art. 11 - *A ofensa aos valores e aos deveres vulnera a disciplina policial-militar, constituindo infração administrativa, penal ou civil, isolada ou cumulativamente.*

Constatamos que toda a fundamentação da ação de improbidade, portanto, é baseada na transgressão disciplinar do Policial Militar. Destaque-se, que em diversos dispositivos regulamentares as faltas são graves.

Claro parece que a ação de improbidade se baseia na ofensa do Policial Militar ao regramento militar e não ao regramento civil.

Entre outros, temos os seguintes exemplos de pedidos realizados nas referidas ações por ato de improbidade:

“... .

-perda da função pública;

-suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos;

-pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial;

proibição de contratar com o Poder Público, ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, prelo prazo de dez anos.....”

Já em relação ao pedido de perda da função pública, cabe ao Tribunal de Justiça Militar o seu processamento e julgamento, porque a perda da referida função pública está intrincada à perda, no caso, da graduação de praça (soldado) e perda do posto e da patente (Oficiais), e esta, só pode ser decidida pelo respectivo Tribunal Militar, conforme preceitua o art. 125, § 4º, da CF/88, *in verbis*:

“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”. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (g.n.)

E sendo assim, os Juízes de Direito do Juízo Militar detém esta competência.

Embora o objeto da ação civil por improbidade administrativa tenha foco principal na conduta do agente, de modo a verificar se ela feriu ou não os princípios estabelecidos nos artigos 9º, 10 e 11, *caput* da Lei nº 8.429/92, não se pode perder de vista que toda a sua conduta vai ser estabelecida com base nos referidos regulamentos militares, conforme preceitua a própria Lei nº 8.429/92 em seu art. 14, § 3º:

Art. 14 - . . .

§ 3º Atendidos os requisitos da representação, a autoridade determinará a imediata apuração dos fatos que, em se tratando de servidores federais, será processada na forma prevista nos arts. 148 a 182 da Lei nº 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e, em se tratando de servidor militar, de acordo com os respectivos regulamentos disciplinares. (g.n.)

Logo, não é possível analisar a ação civil por ato de improbidade administrativa de servidor militar sem se levar em conta o caráter disciplinar da falta cometida. E, neste caso, conforme preceitua o art. 125, § 5º, da CF/88 compete ao Juiz de Direito do Juízo Militar julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares:

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (g.n.)

Embora se trate aqui de uma ação de improbidade administrativa, devemos ter em vista que a falta de probidade se deu contra a administração pública militar, sendo, portanto, nesta órbita que a mesma deve ser analisada.

Conforme preceitua a própria Lei nº 8.429/92 em seu art. 14, § 3º, o processamento da ação deverá ser na forma prevista nos regulamentos disciplinares militares, ou seja, no caso do Ministério Público da União, quem detém a competência para realizar o inquérito policial militar é o Ministério Público Militar (arts. 116 e 117 da LC nº 75/93):

Art. 116. Compete ao Ministério Público Militar o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça Militar:

I - promover, privativamente, a ação penal pública;

II - promover a declaração de indignidade ou de incompatibilidade para o oficialato;

III - manifestar-se em qualquer fase do processo, acolhendo solicitação do juiz ou por sua iniciativa, quando entender existente interesse público que justifique a intervenção.

Art. 117. Incumbe ao Ministério Público Militar:

I - requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial militar, podendo acompanhá-los e apresentar provas;

II - exercer o controle externo da atividade da polícia judiciária militar.

Não parece lógico que todo o processamento investigativo se dê sob o rito estabelecido no regramento militar, com as diligências e instauração de IPM por iniciativa do Ministério Público Militar e que a referida ação seja processada na justiça comum. Admitindo-se esta hipótese, necessário seria, em toda ação de improbidade de militar, que o Ministério Público que atua na Justiça Militar Estadual, em 1ª instância, provocasse o Procurador-Geral de Justiça do Estado para que este prosseguisse no feito e interviesse quando se tratasse de autoridade militar estadual com foro privilegiado em Tribunal de Justiça Militar.

Relevante também é lembrar, que a Justiça Militar tem competência para aplicação das penas de suspensão de direitos políticos e inabilitação para o exercício de função pública. Estas penas estão previstas no art. 98 como penas acessórias, muito antes, portanto, do advento da Lei de Improbidade Administrativa (Lei nº 8.429/92):

CAPÍTULO V DAS PENAS ACESSÓRIAS

Penas Acessórias

Art. 98. São penas acessórias:

I - a perda de posto e patente;

II - a indignidade para o oficialato;

III - a incompatibilidade com o oficialato;

IV - a exclusão das forças armadas;

V - a perda da função pública, ainda que eletiva;

VI - a inabilitação para o exercício de função pública;

VII - a suspensão do pátrio poder, tutela ou curatela;

VIII - a suspensão dos direitos políticos.

Função pública equiparada

Parágrafo único. Equipara-se à função pública a que é exercida em empresa pública, autarquia, sociedade de economia mista, ou sociedade de que participe a União, o Estado ou o Município como acionista majoritário.

Assim, não será absurda, uma ação de improbidade administrativa contra servidor militar, ser processada e julgada na Justiça Militar (Estadual) ou Federal (ainda discutível a competência dessa matéria).

Não podemos de deixar de analisar que um argumento contrário que poderia ser levantado é o de que as instâncias criminal, administrativa e civil são independentes. Contudo, cabe ressaltar que a falta disciplinar, objeto da ação de improbidade, só fere os princípios da administração militar, ou seja, os seus regulamentos específicos. Tanto é assim, que a referida ação civil por ato de improbidade será sempre baseada no Regulamento Disciplinar da Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiros, dependendo do ente da Federação.

O militar, diante da rigidez dos regulamentos disciplinares, pode ser punido por diversos tipos de desvios de conduta, mesmo que por faltas que não estejam ligadas diretamente à sua função, e até mesmo incorrer em atos de improbidade contra a administração militar, o que para o servidor civil isso não ocorre.

As faltas que não estejam ligadas diretamente ao exercício da função pública civil não representam atos de improbidade contra a administração, no entanto, pode, responder penalmente, e, dependendo da pena, haver repercussões sobre a sua função pública.

Já o Militar responder por improbidade administrativa perante a Justiça Comum Estadual, é incorrer no “bis in idem”, porque este já estará sujeito a responder, pelo mesmo fato e sob a mesma ótica, na esfera militar, por transgressão disciplinar ou crime militar.

Partindo desse argumento, pode-se chegar à situação de um servidor militar ser julgado na Justiça Militar por crimes e/ou faltas disciplinares, sem que seja condenado à perda da função pública/patente/graduação e, em uma ação de improbidade administrativa pelos mesmos fatos na Justiça Comum, ser condenado à perda da função pública. Qual pena prevaleceria?

Em interessante artigo do Professor Catedrático ARNOLD WALD e do Advogado RODRIGO GARCIA DA FONSECA, publicado na Revista de Direito de 2002 da Procuradoria-Geral da Câmara Municipal do Rio de Janeiro, página 70, fizeram abordagem sobre o tema que vale aqui transcrever:

“... ”

A competência para julgamento da ação de improbidade administrativa A Lei nº 8.429/92 nada diz sobre a competência para a apreciação das ações que prevê.

Com efeito, o artigo 16 se limita a mencionar a possibilidade de ajuizamento da medida cautelar de seqüestro de bens ‘no juízo competente’, sem esclarecer qual juízo seria este.

Já se disse acima, e é inegável, que a chamada ação de improbidade administrativa tem cunho civil (ressalvados, obviamente, os aspectos criminais da Lei nº 8.429/92, a serem perseguidos em ação penal própria, que não se confunde com a ação civil de improbidade, aqui abordada). Objetiva precipuamente a reparação do dano sofrido pelo patrimônio público em virtude do ato de improbidade impugnado, e a punição dos responsáveis, aí incluindo o perdimento dos bens e vantagens obtidos ilicitamente e o seu afastamento da administração pública, tanto com a perda de cargos e funções como com a proibição de contratações futuras e a suspensão de direitos políticos. Tais características, no entanto, fazem da ação de improbidade administrativa uma ação civil de forte conteúdo penal, e com inegáveis aspectos políticos. Este caráter claramente punitivo da ação de improbidade administrativa traz sérios questionamentos quanto à competência para o seu julgamento em determinadas situações.

Acréscce ainda que, inegavelmente, diversos dos ilícitos ‘civis’ previstos na Lei nº 8.429/92 – para não dizer praticamente todos – correspondem a tipos penais bem definidos, enquadráveis como crimes de responsabilidade. Assim, é preciso que o ordenamento jurídico seja preservado como um todo orgânico e sistemático, evitando-se incongruências, contradições e perplexidades que podem surgir do julgamento simultâneo de ações, uma civil e outra penal, envolvendo os mesmos agentes públicos e os mesmos atos.

Ora, a Constituição Federal dá ao Supremo Tribunal Federal a competência originária para, nos crimes de responsabilidade, processar e julgar Ministros de Estado e membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União (art. 102, I, ‘c’). Da mesma forma, compete ao Superior Tribunal de Justiça processar e julgar originariamente os desembargadores de Tribunais de Justiça, os membros dos Tribunais de Contas Estaduais, dos Tribunais Regionais Federais, dos Tribunais Regionais do Trabalho, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público Federal que oficiem

perante Tribunais (art. 105, I, 'a'). Além do mais, as Constituições dos Estados dão aos Tribunais de Justiça competência originária para o julgamento de determinadas autoridades estaduais ou municipais, quando acusadas de crimes de responsabilidade.

A consequência das constatações acima deve ser a incompetência dos juízes de primeira instância para processar e julgar, com base na Lei nº 8.429/92, autoridades que estejam submetidas, em matéria penal, à competência originária dos Tribunais, inclusive do STF e do STJ. Não se pode admitir, numa interpretação sistemática e teleológica da ordem jurídica, que autoridades com prerrogativa de foro penal possam ser julgadas por juízes de primeira instância, em ações de improbidade que discutam justamente atos com repercussões penais, e cujos desfechos podem se dar com a perda do cargo público e dos direitos políticos. Dentro do quadro institucional brasileiro, parece insustentável que um juiz de primeira instância possa decretar a perda do cargo de um Ministro de Estado, ou de um Ministro de Tribunal Superior, ainda que a ação julgada seja formalmente civil.

Num importante julgado, o TRF/1ª Região considerou a Justiça Federal, na primeira e na segunda instâncias, incompetente para apreciar ação de improbidade administrativa ajuizada contra membro do Tribunal de Contas da União, aplicando inclusive a Lei Complementar 35/79, pois só o próprio TCU poderia decretar a perda do cargo por sanção administrativa (não penal).

É verdade que a Corte Especial do STJ, na Reclamação nº 591-SP, decidiu que não teria competência originária para apreciar uma ação de improbidade administrativa proposta contra membro do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, que tinha prerrogativa de foro penal naquela Corte Superior. Tal votação, porém, foi decidida por um único voto de desempate, do então Presidente Antônio de Pádua Ribeiro.

No âmbito do STF, há apenas manifestações isoladas, como um despacho do Ministro Celso de Mello na Reclamação nº 1.110-DF4, num caso em que foi proposta uma ação de improbidade administrativa contra um Senador da República. Também naquele caso o Tribunal Superior manteve a ação na primeira instância.

As decisões acima citadas, data maxima venia, não atentaram para as diferenças entre a ação civil pública disciplinada na Lei nº 7.437/85 (estritamente civil, e cujo resultado não redunde em perda de cargo ou de direitos políticos) e a ação de improbidade administrativa, com todas as suas repercussões quase-penais acima comentadas.”(g.n.)

A Lei nº 8.429/92 admitiu a possibilidade de uma sentença na esfera militar em procedimento próprio objetivando a perda de patente ou graduação, o que necessariamente não implicaria processar esta ação com fundamento na Lei nº 8.429/92 para aplicação

das sanções previstas no seu art. 12, mas para aplicação de outras sanções previstas nos regulamentos disciplinares militares e no Código Penal Militar.

Em recente julgado (RESP nº 914.061/SP, da relatoria do Min. Félix Fischer) o Eg. STJ decidiu pela competência do Superior Tribunal Militar para o julgamento de militares (oficiais) acusados de práticas de crimes previstos na Lei nº 8.666/93, por terem sido esses crimes praticados contra a administração militar. O Policial Militar somente estará sendo processado por atos de improbidade em razão da sua qualidade de militar, porque a lei específica (regulamento militar) que rege a sua carreira é mais rigorosa, ação esta que não poderia ser promovida caso fosse o respectivo réu um servidor público civil.

Vejam os trechos do voto do **Ministro Félix Fischer**:

*“O recorrente, por sua vez, sustenta que a conduta atribuída aos recorridos caracterizaria **crime comum descrito na Lei nº 8.666/93.***

Tenho que a orientação firmada pelo e. Tribunal de origem deve ser aqui mantida.

*É que, pelo **critério da especialidade**, prevista a conduta dos recorridos no CPM, este deve ser aplicado, e não os dispositivos da Lei nº 8.666/93.*

*Reproduzo, inicialmente, trecho de artigo “A Lei 9.099/95 e o Direito Penal Militar” no qual abordei essa **polêmica questão da aplicação do princípio da especialidade**:*

*“Não se deve olvidar que, em nosso ordenamento jurídico (alguns países não possuem CPM), o **Direito Penal Militar é Direito Penal especial.** Ao contrário da legislação penal complementar ou extravagante (v.g., os crimes contra a ordem tributária, contra a ordem econômica, os delitos previstos na Lei de Tóxicos, no Estatuto da Criança e do Adolescente, etc.), não poucas vezes inadequadamente, denominada de especial ou de avulsa, e, em relação a qual, tem aplicação **o disposto no art. 12 do Código Penal**, porquanto normas de Direito Penal Comum (o Código Penal funciona, aí, como Direito Penal Fundamental), **a legislação penal militar compõe o Direito Penal Especial.** É **ius singulari** e não mero **ius privilegium**, apresentando diretrizes e princípios peculiares, com espírito próprio (fortemente calcado, o Direito Penal Militar, nos aspectos pertinentes à disciplina, à hierarquia, ao bom funcionamento das atividades militares e, de certa forma, à segurança do Estado) mesmo que não totalmente desvinculado da missão e da natureza do que deve ser o moderno Direito Penal. Tem ampla estruturação legal (o CPM tem parte geral diferenciada da legislação penal comum), destacando-se, de imediato, como ponto de partida, a preocupação basilar com a **ofensa a especiais deveres**, tendo em consideração, no dizer de **JORGE ALBERTO ROMEIRO**, a qualidade da pessoa culpada da violação. **HELENO C. FRAGOSO** tem-no como especial visto que se “aplica apenas a uma classe ou categoria de pessoas, em razão de sua qualidade ou da situação em que se acham”. Na lição*

de ASÚA, “en todos los países, por razón de la especialidad de las personas y **de la materia**, y por necesidad jerárquica y disciplinar, se han dictado Códigos Penales Militares” e que “El rasgo más típico que se asigna al Derecho punitivo del Ejército de Tierra, Mar y Aire es una mayor severidad que la que la impera en el **Derecho común**, oriunda de las exigencias de odediencia y disciplina”. ZAFFARONI ensina “que el más importante desprendimiento sistemático del derecho penal “común” u “ordinario “ es el derecho penal militar, que puede ser considerado um “**derecho penal especial** “, en el sentido de que modifica algunos principios generales que contraria el código penal, de acuerdo a **la particular función tutelar que cumple**, es decir, autónomo en cuanto a **la especial naturaleza de su tutela y del estado militar de los autores**, pero básicamente de carácter penal “. E, guardadas certas peculiaridades do direito alemão, o caráter especial do DP Militar é destacado por MAURACH para quem “el más importante derecho penal especial es el **militar** “.

Dessarte, mesmo que haja, com consequências jurídicas de destaque, diferença entre crimes propriamente militares e crimes imprópria ou acidentalmente militares (v.g. arts. 5º, inciso LXI da Carta Magna e 64, inciso II do CP), o fato é que, entre nós, adotou-se, para definição do delito militar, o critério **ratione legis** (art. 124 da **Lex Maxima**).

Reconhecido, como tal, o evento recebe a valoração própria e específica estabelecida no DPM. Aplica-se, daí, na lição de **JORGE ALBERTO ROMEIRO**, o velho e basilar princípio **lex specialis derogat lex generali**, ou seja, “as normas de direito penal militar prevalecem sempre sobre as de direito comum que não as derroga nem ab-roga “.

Pretório Excelso, mais de uma vez, já deixou claro este entendimento (**STF: RT 682/398, DJU de 19/03/93 p. 4280 e RTJ 116/541**). Não fosse assim, teríamos por conclusão que grande parcela da parte geral do CPM, estaria revogada desde o advento da Lei 7.209/84 (com várias normas penais mais brandas).

Por outro lado, a distinção, preconizada por parte da doutrina, entre DP comum e DP especial, em razão do órgão de aplicação jurisdicional não acarreta qualquer consequência prática de realce. O DP seria comum ou especial em decorrência de regras de cunho processual. A diferenciação, desta forma, é confusa e, acreditamos, inútil (v.g., nos Estados que não possuem Tribunal de Justiça Militar, o DPM seria especial em primeiro grau e comum em segundo grau...). Na realidade, o CPM é **fundamental** em relação à **legislação penal militar complementar** (art.17, 1ª parte do CPM), assim como o CP comum é **fundamental** em relação à **legislação penal comum complementar** (art. 12 do CP). Só, ex hypothesis, a falta de ampla sistematização e estruturação legal é que poderia levar à uma conclusão diferente ou à

uma abordagem diversa para caracterizar o direito substantivo penal castrense.” (na obra coletiva “**Lei dos Juizados Especiais Criminais**”, 2ª edição, Curitiba: Editora Juruá, 2001, p.114/116)

...

Assim, seguindo esta linha, constando na parte especial do Código Penal Militar ou em eventual legislação penal militar extravagante, tipo correspondente à conduta narrada na denúncia, por aplicação do **critério da especialidade**, estar-se-á diante de crime militar (crime militar próprio) e, tratando-se de crime militar impróprio, necessária ainda será a análise do art. 9º da Lei Castrense. Na hipótese, consta do **vergado acórdão** que “a peça acusatória imputa, a cada um dos pacientes, a participação na contratação, pelo Fundo de Saúde do Exército - FUSEX, da empresa Centro Integrado da Visão S/C Ltda., para a prestação de serviços médicos de oftalmologia, no período de 12/04/2000 a 11/04/2001, posteriormente prorrogado até 11/04/2002, sem que tenha sido precedida de licitação, ou de demonstração da inexigibilidade ou dispensa; bem como de que houve nova contratação, para o período de 01/12/2002 a 30/11/2003, com injustificada alegação de inexigibilidade de licitação para a contratação, que seria ademais desnecessária diante da capacidade do Hospital Geral de São Paulo de atender a demanda dos referidos serviços” (fl. 308).

Mais adiante restou consignado: “**Não há os autos dúvida de que os atos foram praticados, em tese, em detrimento da administração militar, já que os contratos em questão envolviam recursos do Fundo de saúde do Exército - FUSEX, e foram celebrados por autoridades militares, no exercício de suas atividades administrativas**” (g.a.) (fl. 308).

Ante este quadro, algumas premissas devem ser registradas. Primeiro, a conduta em tese delituosa atribuída aos recorridos foi praticada, dentre outros, por militares da ativa. Segundo, essa conduta se deu no exercício de função administrativa militar, pois teria sido, ex hypothesis, indevidamente dispensado o procedimento de licitação para a celebração de contrato custeado com fundos provenientes do Fundo de Saúde do Exército que, naturalmente, se encontrava sob a administração militar. Esta Corte, a propósito, julgando conflito de competência, assim decidiu:

“**CRIMINAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. CRIME PRATICADO POR MILITAR EM ATIVIDADE CONTRA PATRIMÔNIO SOB ADMINISTRAÇÃO MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE. CONFLITO CONHECIDO.**

I. Hipótese em que Coronel do Exército Brasileiro, na qualidade de Diretor do Hospital de Guarnição de Uruguaiana/RS, teria se apropriado de montantes de dinheiro remetidos pelo Fundo de Saúde do Exército - FUSEX - para o pagamento de despesas médicas efetuadas pela instituição.

II. *Considera-se crime militar o delito previsto no Código Penal e no Código Penal Militar praticado por militar em situação de atividade contra o patrimônio sob a administração militar, ex vi, do art. 9º, II, "e", do Código Penal Militar.*

III. *Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Auditor da 2ª Auditoria da 3ª CJM em Bagé/RS, o suscitado.*" (g.n.) (CC 48014/RS, 3ª Seção, Rel. Min. **Gilson Dipp**, DJ de 08/06/2005)

Assim, não merece relevo a argumentação segundo a qual a atividade militar administrativa por não se revestir na atividade fim militar, desmereceria a tutela penal do Direito Castrense pois, a perfilhar essa orientação, em época de paz, dificilmente a atividade fim iria surgir e, no entanto, a administração militar é função permanente. Isto, por sinal, é um fenômeno quase universal! E não é só! Mais da metade das incriminações previstas no CPM não teriam qualquer utilidade prática se eles tivessem que se ater à atividade fim militar.

Dessa forma, pelos elementos até aqui colhidos e pelo que consta no v. acórdão atacado, pode-se concluir tratar-se, in casu, de crime cometido por militar contra patrimônio militar no exercício da administração militar (art. 9º, II, alínea e, do CPM).

Neste ponto, vale frisar que "o patrimônio sob administração militar não é somente o complexo de bens pertencentes às instituições militares, mas quaisquer bens que estejam legalmente sob sua administração..." (g.n.) (**Ione de Souza Cruz e Claudio Amim Miguel in "Elementos de Direito Penal Militar - Parte Geral"**, Rio de Janeiro: 2005, p.46)

A única indagação que remanesce, portanto, é verificar se a conduta narrada na denúncia encontra previsão na legislação castrense, pois "a doutrina e a jurisprudência majoritárias entendem que uma conduta, para ser crime militar, seja propriamente ou impropriamente militar, deve estar prevista num dispositivo da Parte Especial do CPM..." (g.n.) (**Denilson Feitosa Pacheco in "Direito Processual Penal - Teoria, Crítica e Práxis"**, 3ª Edição. Niterói/RJ: 2005, p. 476).

No presente caso, conforme entendeu o e. Tribunal a quo, há previsão na legislação castrense para a conduta imputada aos recorridos. A e. Corte de origem indicou, no caso, como sendo o tipo inserto no art. 324 do CPM, litteris: "Art. 324. Deixar no exercício de função, de observar lei, regulamento ou instrução, dando causa direta à prática de ato prejudicial à administração militar. Pena - Se o fato foi praticado por tolerância, detenção até seis meses; se por negligência, suspensão do exercício do posto, graduação, cargo ou função, de três meses a uma ano."

A Constituição Federal no § 5º do art. 125 sinalizou a competência dos juízes de direito do Juízo Militar para processar e julgar singularmente os atos disciplinares militares.

Por sua vez, a lei de improbidade administrativa, embora anterior à EC nº 45/2004, ressaltou no § 3º do art. 14, a aplicação ao servidor militar dos respectivos

regulamentos disciplinares, afastando desse modo a incidência da Lei de Improbidade Administrativa para a apuração dos fatos que apontados na representação transgridam a objetividade jurídica tutelada por esta lei, ou seja, ato de improbidade administrativa de servidor militar em contradição com os princípios da Administração Pública Militar e da Administração Pública em geral.

A Constituição Federal de 1988 com a EC nº 45/2004, como lei nova, a par de norma já existente, com fundamento no ordenamento constitucional anterior, recepcionou o § 3º do art. 14 da Lei de Improbidade Administrativa, não havendo com este nenhuma antinomia, exigindo-se apenas uma interpretação conforme da legislação ordinária com a CF/88.

A questão se resolve apenas na competência entre o juízo especial militar estadual e o juízo comum estadual, sabendo-se que após o advento da EC nº 45/2004, o § 5º do art. 125 da CF/88 deu competência à justiça militar para processar e julgar ações contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de Juiz de Direito Militar processar e julgar os demais crimes militares.

Ora, o conceito de transgressão disciplinar militar previsto nos regulamentos é abrangente no sentido da ofensa aos princípios de ética e de dever policial militar na sua manifestação elementar e simples, não se tratando, portanto, de ofensa a bens tutelados pelo Código Penal Militar, bastando a conduta ser incompatível com os princípios e valores policiais militares.

A instauração do IPM e o ajuizamento da ação de improbidade administrativa conduzem a um mesmo resultado, não impedindo a imposição imediata na esfera administrativa de penalidade cabível pela transgressão militar, residual ou que esteja subjacente no mesmo fato.

Assim sendo, entendemos que a transgressão disciplinar militar será sempre vista como ato de improbidade administrativa, ambos subjacentes no mesmo fato, considerado gravíssimo, nos termos do seu Regulamento.

Uma coisa é o *direito material* que é a ação que o assegura ou o protege, outra coisa é a regra de *direito processual* que estabelece a autoridade judiciária a que o policial militar sujeitar-se-á para efeito de seu julgamento. Inversamente, da mesma forma ocorre quando a legislação militar abre exceção para o julgamento dos militares pelo Tribunal do Júri, na hipótese prevista no art. 125, § 4º, da CF/88.

É de considerar-se, ainda, que a Justiça Militar tem a competência para determinar a perda de graduação ou patente, sanções expulsórias da corporação e, obviamente, a terá para, em menor extensão e por continência, julgar as ações de improbidade administrativa de seus servidores quando fundadas em atos de improbidade administrativa que se subsumem, no caso, à transgressão disciplinar, inclusive para evitar o *bis in idem*.

Sendo assim, respeitando posicionamentos contrários, a competência será da Justiça Militar para o julgamento das ações de improbidade administrativa contra policial militar (praça ou oficial).

Jurisprudência. Interessante a discussão travada entre o TJ/MG e o TJM/MG sobre essa matéria:

TJ/MG: EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - POLICIAL MILITAR - PERDA DA FUNÇÃO PÚBLICA - JUSTIÇA MILITAR - CONHECIMENTO, PROCESSAMENTO E JULGAMENTO - COMPETÊNCIA EXCLUSIVA E ABSOLUTA - CF, ART. 125, §§ 4º E 5º - DECLINAÇÃO QUE SE IMPÕE. A Justiça Militar detém competência constitucional - absoluta e exclusiva - para conhecer, processar e julgar ação civil pública por improbidade administrativa, que tenha por objeto a perda da função pública de policial militar. Inteligência dos §§ 4º e 5º da CF, com redação dada pela EC 45/2004. (TJ/MG - AGRAVO Nº 1.0702.07.389466-0/001 – Rel. Des. Nepomuceno Silva – J. 11.09.08 – DP 19.09.08

No trabalho “*Competência Cível da Justiça Militar estadual*”, FERNANDO A. N. GALVÃO DA ROCHA, (site: <http://www.jusmilitaris.com.br>), defende a competência da Justiça Militar para conhecer das Ações de Improbidade Administrativa movida contra os policiais militares, lecionando que:

“(…)”

13.4 Improbidade administrativa

Nos últimos anos, a ordem jurídica aprimorou a tutela aos direitos massificados e regulou casos especiais de ação civil pública. Dentre eles, a Lei Federal n. 8.429/92 tratou especificamente da ação civil pública por ato de improbidade administrativa. Certamente, este é um tema que possui grande importância no cotidiano das instituições militares (...)

13.4.1 Competência da Justiça Militar

Normalmente, a improbidade administrativa de militar caracteriza um ato indisciplinado e não um ato disciplinar. O ato disciplinar é o ato emanado da autoridade administrativa militar que visa essencialmente à preservação da disciplina da tropa. Somente quando a improbidade administrativa estiver relacionada com o exercício de funções disciplinares militares a Justiça Militar estadual será competente para processar e julgar as ações de improbidade.

Em muitos casos, é possível que a improbidade administrativa se consubstancie na prática de um ato administrativo disciplinar. (...)

Vale insistir que a competência da Justiça Militar para as ações de improbidade administrativa somente decorre da vinculação que as questões concretas possam guardar com o exercício do poder disciplinar. Não é juridicamente possível admitir a competência da Justiça especializada militar com base na previsão constitucional, para a decisão sobre a perda do posto e da patente dos oficiais ou da graduação das praças. Nesse aspecto, o § 4º do art. 125 da Constituição da República somente conferiu competência criminal à Justiça Militar e a ação de improbidade administrativa possui natureza cível. (...)

A questão foi cuidadosamente examinada pelo Superior Tribunal de Justiça, no Conflito Negativo de Competência nº 100.682 – MG envolvendo caso concreto submetido a exame de nossa Justiça estadual, quando ficou decidido o seguinte:

CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA PROPOSTA PELO MP CONTRA SERVIDORES MILITARES. AGRESSÕES FÍSICAS E MORAIS CONTRA MENOR INFRATOR NO EXERCÍCIO DA FUNÇÃO POLICIAL. EMENDA 45/05. ACRÉSCIMO DE JURISDIÇÃO CÍVEL À JUSTIÇA MILITAR. AÇÕES CONTRA ATOS DISCIPLINARES MILITARES. INTERPRETAÇÃO. DESNECESSIDADE DE FRACIONAMENTO DA COMPETÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DO ART. 125, § 4º, IN FINE, DA CF/88. PRECEDENTES DO SUPREMO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM DO ESTADO.

1. Conflito negativo suscitado para definir a competência – Justiça Estadual Comum ou Militar - para julgamento de agravo de instrumento tirado de ação civil por improbidade administrativa proposta contra policiais militares pela prática de agressões físicas e morais a menor infrator no âmbito de suas funções, na qual o Ministério Público autor requer, dentre outras sanções, a perda da função pública.

2. São três as questões a serem examinadas neste conflito: (a) competência para a causa ou competência para o recurso; (b) limites da competência cível da Justiça Militar; e (c) necessidade (ou não) de fracionar-se o julgamento da ação de improbidade.

3. Competência para a causa ou competência para o recurso:

3.1. O julgamento do conflito de competência é realizado *secundum eventum litis*, ou seja, com base nas partes que efetivamente integram a relação, e não aqueles que deveriam integrar. De igual modo, o conflito deve ser examinado com observância ao estágio processual da demanda, para delimitar-se, com precisão, se no incidente se discute a competência para a causa ou a competência para o recurso.

3.2. Na espécie, o juízo estadual de primeira instância concedeu em parte o requerimento de suspensão cautelar dos réus na ação de improbidade, o que gerou recurso de agravo interposto pelo MP perante a Corte Estadual que, **sem anular a decisão de primeira instância**, determinou a remessa dos autos ao Tribunal Militar.

3.3. Discute-se, portanto, a competência para o recurso, e não a competência para a causa. Nesses termos, como o agravo ataca decisão proferida por juiz estadual, somente o respectivo Tribunal de Justiça poderá examiná-lo, ainda que seja para anular essa decisão, encaminhando os autos para a Justiça competente. Precedentes.41

4. Neste caso, excepcionalmente, dada a importância da matéria e o fato de coincidirem a competência para o recurso e a competência para a causa, passa-se ao exame das duas outras questões: especificamente,

os limites da jurisdição cível da Justiça Militar e a necessidade (ou não) de fracionar-se o julgamento da ação de improbidade.

5. Limites da jurisdição cível da Justiça Militar:

5.1. *O texto original da atual Constituição, mantendo a tradição inaugurada na Carta de 1946, não modificou a **jurisdição exclusivamente penal** da Justiça Militar dos Estados, que teve mantida a competência apenas para “processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos **crimes militares**, definidos em lei”.*

5.2. *A Emenda Constitucional 45/04, intitulada “Reforma do Judiciário”, promoveu significativa alteração nesse panorama. A Justiça Militar Estadual, que até então somente detinha jurisdição criminal, passou a ser competente também para julgar **ações civis** propostas contra **atos disciplinares militares**.*

5.3. *Esse acréscimo na jurisdição militar deve ser examinado com extrema cautela por duas razões: (a) trata-se de Justiça Especializada, o que veda a interpretação tendente a elastecer a regra de competência para abarcar situações outras que não as expressamente tratadas no texto constitucional, sob pena de invadir-se a jurisdição comum, de feição residual; e (b) não é da tradição de nossa Justiça Militar estadual o processamento de feitos de natureza civil.*

Cuidando-se de novidade e exceção, introduzida pela “Reforma do Judiciário”, deve ser interpretada restritivamente.

5.4. *Partindo dessas premissas de hermenêutica, a nova jurisdição civil da Justiça Militar Estadual abrange, tão somente, as ações judiciais propostas contra atos disciplinares militares, vale dizer, ações propostas para examinar a validade de determinado ato disciplinar ou as consequências desses atos.*

5.5. *Nesse contexto, as ações judiciais a que alude a nova redação do § 4º do art. 125 da CF/88 serão sempre propostas contra a Administração Militar para examinar a validade ou as consequências de atos disciplinares que tenham sido aplicados a militares dos respectivos quadros.*

5.6. *No caso, a ação civil por ato de improbidade não se dirige contra a Administração Militar, nem discute a validade ou consequência de atos disciplinares militares que tenham sido concretamente aplicados. Pelo contrário, volta-se a demanda contra o próprio militar e discute ato de “indisciplina” e não ato disciplinar.*

6. Desnecessidade de fracionar-se o julgamento da ação de improbidade:

6.1. *Em face do que dispõe o art. 125, § 4º, in fine, da CF/88, que atribui ao Tribunal competente (de Justiça ou Militar, conforme o caso) a tarefa de “decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças”, resta saber se há, ou não, necessidade de fracionar-se o julgamento desta ação de improbidade, pois o MP requereu, expressamente, fosse aplicada aos réus a pena de perdimento da função de policial militar.*

6.2. *A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal assentou que a competência para decidir sobre perda do posto ou da patente dos oficiais ou da graduação dos praças somente será da competência do Tribunal (de Justiça ou Militar, conforme o caso) nos casos de perda da função como pena acessória do crime que à Justiça Militar couber decidir, não se aplicando à hipótese de perda por sanção administrativa, decorrente da prática de ato incompatível com a função de policial ou bombeiro militar. Precedentes do Tribunal Pleno do STF e de suas duas Turmas.*

6.3. *Nesse sentido, o STF editou a Súmula 673, verbis : “O art. 125, § 4º, da Constituição não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo”.*

6.4. *Se a parte final do art. 125, § 4º, da CF/88 não se aplica nem mesmo à perda da função decorrente de processo disciplinar, com muito mais razão, também não deve incidir quando a perda da patente ou graduação resultar de condenação transitada em julgado na Justiça comum em face das garantias inerentes ao processo judicial, inclusive a possibilidade de recurso até as instâncias superiores, se for o caso.*

6.5. *Não há dúvida, portanto, de que a perda do posto, da patente ou da graduação dos militares pode ser aplicada na Justiça Estadual comum, nos processos sob sua jurisdição, sem afronta ao que dispõe o art. 125, § 4º, da CF/88.*

7. *Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, o suscitado.”*

Conclusão

A matéria de competência da Justiça Militar para o processo e julgamento das ações de improbidade administrativa e para decretação da perda do posto e da patente dos oficiais e da perda da graduação das praças é matéria que guarda relação entre si.

Da legislação vigente, depreende-se que o Tribunal de Justiça Militar é o único Tribunal especializado e detentor de competência para o julgamento da perda da função pública do militar, porque esta implica, diretamente, a perda do posto e patente dos oficiais e graduação das praças, e esta competência está prevista no art. 125, § 4º, da CF/88.

Se o militar responder por improbidade administrativa perante a Justiça Comum Estadual, implicará no “bis in idem”, porque este já estará sujeito a responder, pelo mesmo fato e sob a mesma ótica, na esfera militar, por transgressão disciplinar ou crime militar, inclusive sujeitando-se à perda de seu cargo (posto ou graduação), se o caso.

Em que pese o julgado mencionado do Superior Tribunal de Justiça no Conflito Negativo de Competência nº 100.682 – MG, Relator Min. Castro Meira, julgado em 10.06.09, decidindo ser a Justiça Comum a competente para o julgamento da ação de improbidade administrativa contra militar, há de ser o tema aprofundado para

a mudança desse precedente, ou pela mudança da legislação, definindo a Justiça Militar como a competente para tal matéria, *de lege ferenda*.

Referências bibliográficas

- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. **Ação Popular, Proteção do Erário, Proteção do Patrimônio Público, da Moralidade Administrativa e do Meio Ambiente**. 4ª ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 26ª ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2001.
- MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2002.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SILVEIRA, Denis Coitinho. **Os Sentidos da Justiça em Aristóteles**. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2001.

Considerações práticas sobre os processos exclusórios administrativos, judiciais e judicialiformes aplicáveis aos militares do Estado de São Paulo

Orlando Eduardo Geraldi*

“(...) é utilíssima a lei que faz cada homem ser julgado pelos seus pares, pois onde entra em jogo a liberdade e a sorte de um cidadão devem calar-se os sentimentos inspirados pela desigualdade.”

(Cesare Beccaria, *Dos delitos e das penas*)

Sumário: 1. Introdução; 2. O poder disciplinar como decorrência do princípio da hierarquia; 3. Dos processos que podem resultar na exclusão de um integrante da PMESP; 4. Da natureza judicialiforme do processo de Conselho de Justificação e seus desdobramentos práticos; 4.1. Do conceito constitucional de causa; 4.2. Para uma melhor demarcação entre o fim da fase administrativa e o início da fase judicial do Conselho de Justificação; 5. Conclusão; Bibliografia.

1. Introdução

Não obstante a explosão de litigiosidade observada nos últimos anos, a atividade da Justiça comum continua sendo desconhecida da sociedade brasileira como um todo. Para além disso, a Justiça Militar, em particular, é uma desconhecida para os próprios magistrados. Em pesquisa realizada em 2006 pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), constatou-se que mais de 60% da magistratura desconhecia o funcionamento da Justiça Militar, apesar de se tratar de um órgão com assento constitucional desde 1934, permanecer inserido na estrutura do Poder Judiciário prevista na *Constituição Cidadã* e de ter tido a sua competência ampliada a partir da Emenda Constitucional nº 45/04, em vigor desde janeiro de 2005.

A Justiça Militar, tal como o próprio Direito Militar, ainda são ilustres desconhecidos da sociedade e da maioria dos doutrinadores e operadores da Ciência Jurídica. Por consequência, a importância e os impactos positivos de sua completa estruturação e funcionamento nem sempre são devidamente mensurados, tampouco as peculiaridades dos processos de sua competência são detidamente estudadas e suficientemente aprofundadas.

Poucas são as Instituições de Ensino Superior que possuem o Direito Militar em sua grade curricular e, mesmo assim, é um ramo que aparece apenas como disciplina

* Juiz Presidente do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo.

optativa. Esse “esquecimento” vem relegando a segundo plano o engrandecimento desse ramo especializado do Direito, chegando ao ponto da completa discrepância entre muitos de seus preceitos com aqueles estabelecidos pelo Direito Penal e pelo Direito Processual Penal comum, uma vez que estes têm sido, continuamente, objeto de reforma de seus institutos e procedimentos, ao passo que aqueles são deliberadamente proscritos dessa necessária atualização.

O militar vive na Corporação, mas não é impermeável ao que acontece na sociedade. É fundamental estarmos atentos à nova dinâmica social e adequarmos o pensamento militar aos novos desafios da contemporaneidade.

O Direito, enquanto fenômeno dinâmico que é, deve manter um permanente diálogo com as determinantes sociais, sob pena de, permanecendo hermético, restar deslocado no espaço e no tempo e impossibilitado de instrumentalizar os reclamos de justiça e paz social.

Atualmente, na seara penal militar, as normas materiais encontram-se estabelecidas pelo Código Penal Militar, instituído pelo Decreto-Lei 1.001, de 21 de outubro de 1969. As normas processuais e procedimentais, por sua vez, estão delineadas pelo Código de Processo Penal Militar, instituído pelo Decreto-Lei 1.002, de 21 de outubro de 1969. Tais diplomas sofreram apenas alterações pontuais nos últimos tempos.

É verdade que ambos os diplomas foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988, o que autoriza a continuidade de sua aplicação hodiernamente. Todavia, tal aplicação tem exigido um sobreesforço hermenêutico dos operadores do Direito Militar. No que se refere ao trabalho dos juízes, por exemplo, ante a flagrante defasagem de atualização desses diplomas, temos todo o cuidado de julgar de acordo com os preceitos constitucionais vigentes e adequar a interpretação das normas penais militares às disposições constitucionais em vigor.

Assim como há uma necessidade constante de proteção dos bens jurídicos essenciais ao convívio social, como a vida, a liberdade, a dignidade, o patrimônio, por meio do Direito Penal Militar busca-se tutelar um bem jurídico também especial, que é a regularidade das Instituições Militares, edificadas a partir dos fundamentos da hierarquia e disciplina, cuja quebra acarretaria a sua desestabilização e o comprometimento de suas missões constitucionais peculiares.

Referida defasagem legislativa, verificada não só na falta de atualização como também de edição de novas leis sobre temas ínsitos à Caserna e à Justiça Castrense, acarreta sérios e significativos prejuízos à prestação jurisdicional e aos direitos dos jurisdicionados, tanto nos feitos de matéria criminal, quanto nos feitos judiciais de natureza especial.

Se as peculiaridades do Direito Penal Militar e do Direito Processual Penal Militar – para os quais, ainda que desatualizados, existem códigos e leis – são pouco conhecidas dos operadores do Direito em geral, as nuances dos feitos judiciais de natureza especial – para os quais, em alguns casos, ainda não existe lei regulamentando – são ignoradas pela quase totalidade do universo jurídico.

Não é raro nos depararmos com experientes advogados, procuradores, promotores e juízes que nunca atuaram, assistiram a uma sessão de julgamento ou mesmo manusearam os autos de um Conselho de Justificação, de uma Representação

para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade ou de uma Representação para Perda de Graduação.

Sobre esses insólitos feitos judiciais de natureza especial e sobre as demais formas de exclusão de integrantes dos Quadros da Polícia Militar do Estado de São Paulo (PMESP) é que buscaremos aqui, sem qualquer pretensão de esgotar o tema, tecer considerações muito mais práticas do que propriamente acadêmicas, considerações essas amalhadas sobretudo no dia a dia dos julgamentos no E. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo (TJMSP).

2. O poder disciplinar como decorrência do princípio da hierarquia

Do amplo leque de princípios constitucionais e legais a que se submete toda a Administração Pública,¹ direta e indireta, e que norteiam sua correta atuação, derivam alguns poderes-deveres próprios das autoridades administrativas para que consigam fazer com que a vontade da lei prevaleça sobre a vontade individual, o interesse público ao interesse privado.

Além dos clássicos poder normativo (ou regulamentar) e poder de polícia (limitações administrativas ao exercício das liberdades públicas), a Administração Pública conta com o poder disciplinar para “*apurar infrações e aplicar penalidades aos servidores públicos e demais pessoas sujeitas à disciplina administrativa*” (DI PIETRO, 2010, p. 94).

Todos os servidores públicos sujeitos à disciplina interna de uma instituição pública, civil ou militar, devem fielmente observar a hierarquia quanto ao aspecto funcional da relação de trabalho, respeitando a relação de coordenação e subordinação entre os órgãos da respectiva instituição, cada qual com suas atribuições definidas em lei.

Tomando conhecimento da prática de uma falta funcional, que pode ou não também caracterizar um ilícito penal ou civil, a Administração deve necessariamente instaurar o processo adequado para a sua apuração, sob pena de o administrador público incidir em condescendência criminosa e em improbidade administrativa.

Ao final do procedimento, se devidamente comprovadas a autoria e a materialidade da falta, a Administração, com base em sua discricionariedade regrada e com vistas à natureza e à gravidade da infração e aos danos que dela provierem para o serviço público, fará a dosimetria da pena, escolhendo a mais adequada ao caso, podendo chegar à exclusão do servidor.

¹ Princípio da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da publicidade, da eficiência, da indisponibilidade do interesse público, da supremacia do interesse público, da proporcionalidade, da razoabilidade, da continuidade do serviço público, da presunção de legitimidade e veracidade, da autoexecutoriedade, da autotutela administrativa, da hierarquia, da motivação, entre outros.

A Administração Pública tem, portanto, em vista de sua ontologia e de sua principiologia, o poder-dever de punir os servidores que cometam infrações administrativo-disciplinares, respeitados sempre o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e corolários como a inadmissibilidade de provas ilícitas, a irretroatividade da lei punitiva, salvo para beneficiar o acusado, a obrigatoriedade da motivação das decisões nos julgamentos das transgressões disciplinares, a oficialidade, a verdade material, o formalismo moderado, entre outros.

Há, todavia, alguns agentes públicos que, ainda que cometam faltas funcionais graves, não podem ser administrativamente excluídos dos quadros do órgão ou instituição a que pertencam, por força de mandamento constitucional. É o caso, por exemplo, dos membros da Magistratura e do Ministério Público. Agentes políticos que são, ao alcançarem a vitaliciedade só podem perder o cargo por meio de sentença judicial transitada em julgado (art. 95, I e art. 128, § 5º, I, *a*, ambos da Constituição Federal).

É o caso também dos Oficiais Militares.

Os militares (oficiais e praças) foram alçados a uma nova categoria de agentes públicos com o advento da Emenda Constitucional nº 18/98. Possuem regime jurídico próprio, parcialmente diverso dos servidores públicos civis, embora ambas as categorias estejam ligadas ao Estado por vínculo de natureza estatutária.

Se por um lado as praças podem ser excluídas da respectiva Corporação a que pertencam tanto administrativamente como judicialmente, os Oficiais Militares, por outro, só podem sê-lo por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra, conforme dispõe o art. 142, § 3º, VI, da Constituição Federal, norma que mantém uma tradição constitucional derradeira.²

A hierarquia e a disciplina militares são especiais e qualificadas. Enquanto para um servidor civil o desrespeito a um desses princípios constitui “apenas” uma irregularidade, no âmbito da caserna tal violação configura uma transgressão disciplinar, quando não, também, um crime militar, a ensejar apuração na instância administrativa e na judicial.

Adentrando, assim, ao núcleo do presente ensaio, passo a analisar os processos administrativos, judiciais e judicialiformes que instrumentalizam o poder-dever da Administração Militar do Estado de São Paulo de punir, com a exclusão, integrantes de seus quadros. Insta esclarecer que a argumentação que será desenvolvida pode, *mutatis mutandis*, ser analogicamente aplicada às Corporações Militares de outros Estados da Federação e do Distrito Federal e às próprias Forças Armadas (Marinha, Exército e Aeronáutica).

² Outras Constituições já apontavam que os oficiais somente poderiam ser privados de suas patentes por sentença de tribunal militar (ou juízo) competente, dentre elas: Constituição de 1824 (art. 149); de 1891 (art. 76); de 1934 (art. 165, § 1º); de 1937 (art. 160, parágrafo único); de 1946 (art. 182, § 2º); de 1967 (art. 94, § 2º); e de 1969 (art. 93, §§ 2º e 3º).

3. Dos processos que podem resultar na exclusão de um integrante da PMESP

A PMESP foi instituída em 15/12/1831, por lei da Assembleia Provincial, proposta pelo Presidente da Província, Brigadeiro Rafael Tobias de Aguiar, atual patrono da Corporação.

Durante esses mais de 180 anos, a Polícia Militar Bandeirante teve presença ativa na história do país. Seus homens participaram de várias campanhas, como, por exemplo, na Guerra dos Farrapos, dos Canudos, Revolução de 1924 e 1932, e outras que marcaram a nossa história.

Atualmente, a PMESP fica subordinada ao Governador do Estado, por meio da Secretaria da Segurança Pública e do Comando Geral da Corporação. Busca a modernização operacional e administrativa, possuindo uma estrutura organizacional das mais avançadas, que se divide em diretorias, assessorias e grandes comandos, os quais são subordinados ao Comando Geral, sendo eles: Comando de Policiamento da Capital, Comando de Policiamento Metropolitano, Comando de Policiamento do Interior, Comando de Policiamento Ambiental e Comando do Corpo de Bombeiros. É hoje a Corporação com o maior efetivo do Brasil.

Conforme dispõe o art. 144, § 5º, da Constituição Federal, às polícias militares cabem a polícia ostensiva e a preservação da ordem pública. Aos corpos de bombeiros militares, além das atribuições definidas em lei (por exemplo, prevenção e extinção de incêndios, proteção, busca e salvamento de vidas humanas, prestação de socorros em casos de afogamento, inundações, desabamentos, acidentes em geral, catástrofes e calamidades públicas, etc), incumbe a execução de atividades de defesa civil. Ambos são descritos como forças auxiliares e reserva do Exército Brasileiro (art. 144, § 6º, CF).

As regras da hierarquia e disciplina, como visto, permeiam toda a Administração Pública, em maior ou menor grau, conforme o setor. Com relação aos militares, braço armado do Estado nos estritos termos da sistematização prevista na Constituição Federal, tais princípios são trazidos para a linha de frente, constituindo mesmo as bases da organização da PMESP, conforme dispõe o art. 1º da Lei Complementar Estadual 893/2001 – Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo (RDPM).

A disciplina policial-militar significa o exato cumprimento dos deveres, traduzindo-se na rigorosa observância e acatamento integral das leis, regulamentos, normas e ordens, por parte de todos e de cada integrante da Polícia Militar (art. 9º, RDPM).

No desenvolvimento de seus desideratos, os policiais militares devem observar valores fundamentais determinantes da moral policial militar (art. 7º, RDPM) e deveres éticos que conduzem a atividade profissional sob o signo da retidão moral (art. 8º, RDPM), além de princípios outros, próprios da administração pública, tudo com vistas a viabilizar o ideal de bem comum almejado pelo Estado e desejado pela sociedade.

A ofensa por parte de um policial militar a algum elemento deste conjunto de valores e deveres essenciais à Instituição vulnera a disciplina policial-militar,

constituindo tal inobservância uma infração administrativa, penal ou civil, isolada ou cumulativamente (art. 11, RDPM).

As transgressões disciplinares (infrações administrativas) são punidas pela Administração Militar com sanções disciplinares, de cunho preventivo-repressivo, que podem ser exclusórias (reforma administrativa, demissão ou expulsão) ou não.

O RDPM ordena, em rol não exaustivo, as transgressões disciplinares, e também a gravidade delas, a competência dos Comandos para a aplicação de punição, os recursos administrativos cabíveis, o prazo prescricional para a Administração promover o processo disciplinar, além, claro, dos tipos de processo regular por meio dos quais são realizados os julgamentos das transgressões disciplinares, quais sejam, o Processo Administrativo Disciplinar (PAD), o Conselho de Disciplina (CD) e o Conselho de Justificação (CJ).

A par desses três tipos previstos no RDPM, há outros dois processos que decorrem de dispositivos constitucionais (art. 125, § 4º, *in fine*,³ e art. 142, § 3º, VI e VII,⁴ ambos da CF), ainda não inteiramente regulamentados por lei, que também podem resultar na exclusão de um policial dos quadros da PMESP, quais sejam, a **Representação para Perda de Graduação (RPG)** e a **Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade (RDI)**.

Saliente-se já aqui que em todos esses processos administrativos, judiciais e judicialiformes devem ser assegurados aos litigantes e aos acusados em geral o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV, CF), valendo ressaltar que os processos administrativos podem ter a sua legalidade levada à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF), não podendo tal Poder, todavia, imiscuir-se no mérito da punição discricionariamente aplicada pela Administração, seja ela exclusória ou não.

³ “**Art. 125.** Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição. (...)”

§ 4º 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.” (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) (g.n.)

⁴ “**Art. 142.** As Forças Armadas, constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, são instituições nacionais permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República, e destinam-se à defesa da Pátria, à garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem. (...)”

§ 3º Os membros das Forças Armadas são denominados militares, aplicando-se-lhes, além das que vierem a ser fixadas em lei, as seguintes disposições: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998).

(...)

VI- o oficial só perderá o posto e a patente se for julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível, por decisão de tribunal militar de caráter permanente, em tempo de paz, ou de tribunal especial, em tempo de guerra; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)

VII - o oficial condenado na justiça comum ou militar a pena privativa de liberdade superior a dois anos, por sentença transitada em julgado, será submetido ao julgamento previsto no inciso anterior; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 18, de 1998)” (g.n.)

Dos cinco tipos de processos ora mencionados, três servem de meio para a exclusão de **praças** (soldados, cabos, sargentos e subtenentes) da Corporação Bandeirante.

Com base no poder disciplinar decorrente do princípio da hierarquia e observando todos os princípios e regras próprios dos processos administrativo,⁵ as praças que cometerem transgressão disciplinar de natureza grave podem ser **administrativamente excluídas** por meio de **PAD** (se contar com menos de dez anos de serviço policial militar) ou por meio de **CD** (se contar com mais de dez anos de serviço policial militar). O PAD e o CD são, portanto, **processos administrativos**, iniciados e concluídos na própria Administração Militar, isto é, sem dependência de decisão judicial ou qualquer intervenção do Poder Judiciário, que permitem a exclusão de uma praça da PMESP pela via administrativa, como aliás autoriza a própria Súmula 673 do E. Supremo Tribunal Federal.⁶ As **decisões administrativas** advindas nesses processos podem ser impugnadas por meio de recursos disciplinares (pedido de reconsideração de ato e recurso hierárquico) para a própria Administração. A legalidade de tais processos, como antes mencionado, pode ser arguida no Poder Judiciário, em vista do princípio da inafastabilidade da jurisdição, no prazo de cinco anos.

Já por meio da **RPG**, a praça que tenha sido condenada judicialmente, em sentença transitada em julgado, por crime comum ou militar, à pena privativa de liberdade superior a dois anos, ou ainda que a pena seja inferior a dois anos, mas o ato praticado seja tão desonroso ou imoral que afete o pundonor militar e o decoro da classe, maculando a imagem da Corporação perante a sociedade, pode ser **judicialmente excluída** da Corporação Bandeirante, nos termos do art. 125, § 4º, da Constituição Federal, c.c. art. 81, § 1º, da Constituição do Estado de São Paulo.

A RPG, portanto, é um **processo judicial de natureza especial**,⁷ de competência originária do Pleno do TJMSP,⁸ iniciado por meio da representação ofertada pelo Procurador de Justiça designado para essa Corte Especializada, com fundamento em norma constitucional autoaplicável. A **decisão judicial** advinda decreta ou não a perda da graduação da praça, conforme a representação ministerial seja ou não julgada procedente. Em sendo procedente, a praça é excluída da Corporação e é determinado à Administração da PMESP que, com o trânsito em julgado da decisão, adote as medidas necessárias para a cassação de medalhas, láureas e condecorações eventualmente outorgadas ao representado, juntando-se cópia da daquela decisão nos seus assentamentos individuais. Além

⁵ Princípio da publicidade, da oficialidade, da obediência à forma e aos procedimentos, da gratuidade, da ampla defesa e do contraditório, da atipicidade, da pluralidade de instâncias, da economia processual, da participação popular, da legalidade, da motivação, da razoabilidade, da proporcionalidade, da segurança jurídica, do interesse público, entre outros, informadores do Direito Administrativo como um todo.

⁶ **Súmula 673**: “O art. 125, § 4º, da Constituição, não impede a perda da graduação de militar mediante procedimento administrativo.”

⁷ Conforme estabelecido no art. 18, § 3º, do Regimento Interno do TJMSP.

⁸ Conforme o art. 9º, II, a, do Regimento Interno do E. TJMSP.

de poder ser embargada de declaração, a decisão judicial do Pleno pode também ser impugnada e submetida aos Tribunais Superiores por meio de Recurso Extraordinário e de Recurso Especial.

Ao tratar do objeto da RPG, deixando entrever a impossibilidade de se rediscutir aspectos processuais e materiais (mérito) da condenação criminal transitada em julgado tirada no processo-crime, JORGE CESAR DE ASSIS (2008b, p. 222) salienta, com propriedade, que no processo de representação para perda de graduação “*julga-se apenas e tão somente se o fato pelo qual a praça foi condenada ou julgada incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade da PM ou Corpo de Bombeiros Militar, afetou, ou não, o pundonor militar e o decore da classe, violando deveres que lhe são impostos, colocando a Corporação a que pertence em descrédito perante a sociedade que é encarregada de servir.*”⁹

Insta ressaltar que, infelizmente, como demonstração da apatia legiferante quanto aos temas ínsitos à Caserna, ainda não há lei regulamentando a propositura, a instrução, o trâmite, o julgamento, os recursos, o prazo de prescrição e outros detalhes da RPG, de modo que o norte da matéria acaba vindo da aplicação subsidiária de outras leis e codificações no quanto cabível, dos regimentos internos das Cortes,¹⁰ sobretudo as militares, e da jurisprudência e doutrina.

Os outros dois tipos de processos acima mencionados, quais sejam, o Conselho de Justificação e a Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade, servem para instrumentalizar a exclusão de **oficiais** (tenentes, capitães, majores, tenentes-coronéis e coronéis) da Corporação Bandeirante.

⁹ Vale ressaltar que esta diferença de objeto entre o processo-crime (apurar a autoria e a materialidade do suposto crime cometido) e a RPG (apurar se a condenação criminal transitada em julgado atribuída à praça ofende o pundonor militar e o decore da classe) deixa claro não existir *bis in idem* com a decretação da perda da graduação de praça, sendo de todo descabido, portanto, falar-se em dupla punição pelos mesmos fatos, em vista também da consagrada independência das instâncias e da impossibilidade de aplicação da perda de graduação como pena acessória de condenação criminal (caducidade do art. 102 do CPM com relação às praças das Polícias Militares Estaduais, que não podem ser excluídas automaticamente, dependendo da instauração de ação autônoma, com fundamento nos mencionados art. 125, § 4º, da Constituição Federal, e no art. 81, § 1º, da Constituição Estadual).

¹⁰ Como o art. 117 do Regimento Interno do TJMSP, *in verbis*:

“**Art. 117.** A perda do posto e da patente dos oficiais e a perda da graduação das praças serão decididas pelo Pleno:

I - no julgamento de representação do Ministério Público;

II - no julgamento do processo de Conselho de Justificação.

§ 1º. Os autos serão autuados e registrados, conforme o caso, como “Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade”, “Conselho de Justificação” e “Representação para Perda de Graduação”.

§ 2º. O relator designado mandará citar o militar para, no prazo de 5 (cinco) dias, a defesa se manifestar por escrito.

§ 3º. Decorrido o prazo previsto neste artigo sem a apresentação da defesa escrita, o relator designará defensor dativo para que a apresente, em igual prazo.

§ 4º. Com a manifestação da defesa, o relator fará o relatório e encaminhará os autos ao revisor.

§ 5º. No Conselho de Justificação, após a manifestação da defesa, os autos serão encaminhados à Procuradoria de Justiça para manifestação na condição de fiscal da lei.

§ 6º. Depois de restituídos pelo revisor, o relator encaminhará o processo ao Presidente para que seja colocado em pauta para julgamento.”

Os oficiais, como já ressaltado, não podem, ao contrário das praças, ser excluídos da PMESP pela via administrativa. A Constituição Federal e também algumas leis os cercam de prerrogativas essenciais e dignificantes, exatamente para que possam ser verdadeiros líderes de seus comandados e servirem de exemplo e modelo a ser seguido. Os oficiais militares, vitalícios¹¹ e com garantias constitucionais, exercem as funções de comando, chefia e direção para que a PMESP cumpra suas missões constitucionais e legais, ligadas sobremaneira ao direito social à segurança (art. 6º, CF).

PAULO TADEU RODRIGUES ROSA,¹² ressaltando qual a intenção do legislador ao conferir aos oficiais militares aludidas prerrogativas, aponta, com propriedade, que: “*A questão exposta deve ser analisada em conformidade com a pretensão do legislador constituinte, que teve por objetivo assegurar ao militar, que fica sujeito ao tributo de sangue, ou seja, ao cumprimento de suas funções até mesmo com o sacrifício da própria vida, prerrogativas que são necessárias para se evitar influências políticas, ou mesmo pressões indevidas por qualquer setor da sociedade, que possam prejudicar o crescimento das missões estabelecidas pelo texto constitucional.*”

O **CJ**, processo cuja natureza ainda causa grande celeuma na doutrina e na jurisprudência, será analisado no próximo tópico, em separado, até em vista das implicações práticas decorrentes da adoção de uma ou outra corrente.

Por fim, por meio da **RDI**, nos termos do **art. 2º da Lei Estadual 186/73**, fica sujeito à declaração de indignidade para o oficialato, ou de incompatibilidade com o oficialato o Oficial que:

I - for condenado, por Tribunal Civil ou Militar, a pena restritiva de liberdade individual, superior a 2 (dois) anos, em decorrência de sentença condenatória passada em julgado;

II - for condenado, por sentença passada em julgado por crimes para os quais o Código Penal Militar comina essas penas acessórias e por crimes previstos na legislação concernente à Segurança Nacional;

III - houver perdido a nacionalidade brasileira;

IV - incidir nos casos previstos em lei federal, que motiva o julgamento por Conselho de Justificação e neste, for considerado culpado.

¹¹ Sobre a vitaliciedade dos oficiais militares José Cretella Júnior anota que: “*Reiteremos. O oficial das Forças Armadas é detentor de cargo vitalício [de igual modo o oficial das Instituições Militares estaduais, de acordo com a EC 18/98, que dispôs no art. 42, § 1º, c.c. art. 142, § 3º, VI e VII, o mesmo tratamento]. Só perderá o cargo em decorrência de sentença penal, transitada em julgado, ou seja, se tiver cometido crime e for condenado. É, assim, imune a processos administrativos e fica fora da incidência de pena acessória de perda do cargo, derivada de condenação criminal, mesmo que a pena privativa de liberdade ultrapasse dois anos. O oficial, considerado indigno, tem o direito subjetivo público de ser julgado por magistrado, assegurando-se-lhe o due process of law.*” (Comentários à Constituição de 1988. Rio de Janeiro: Forense Universitária, v. 5, 1991, p. 2.464, *apud* ROTH, 2006, p. 466).

¹² Perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças. *Revista de Direito Militar*. AMAJME, 2004, n° 49, p. 18, *apud* ROTH, 2006, p. 466-467.

O oficial, portanto, que praticar ato desonroso ou imoral que justifique a declaração de sua indignidade e/ou incompatibilidade para o oficialato¹³, que perder a nacionalidade brasileira,¹⁴ que tenha sido condenado, qualquer que seja a pena, em algum dos crimes previstos no art. 100¹⁵ ou no art. 101¹⁶, ambos do Código Penal Militar (CPM), ou na Lei de Segurança Nacional,¹⁷ ou que tenha sido condenado judicialmente, em sentença transitada em julgado, por crime comum ou militar, à pena privativa de liberdade superior a dois anos,¹⁸ pode ser **judicialmente excluído** da Corporação Bandeirante, perdendo o posto e a patente, nos termos do art. 142, § 3º, VI e VII, c.c. art. 42, § 1º, e do art. 125, § 4º, *in fine*, todos da Constituição Federal; bem como do art. 79-B, *in fine*, e do art. 81, § 1º, ambos da Constituição Estadual.

Tal como na RPG, na RDI também não é possível se rediscutir aspectos processuais e materiais (mérito) da condenação criminal tirada no processo-crime já acobertada pela coisa julgada, haja vista que o objeto da RDI se restringe a apurar se a condenação criminal definitiva atribuída ao oficial ou o ato por ele cometido ofende a honra pessoal, o pundonor militar e o decoro da classe, a ponto de torná-lo indigno para o oficialato e/ou com ele incompatível.

A RDI, portanto, é um **processo judicial de natureza especial**,¹⁹ de competência originária do Pleno do TJMSP,²⁰ iniciado por meio da representação ofertada pela Procuradoria de Justiça oficiante nessa Corte Castrense, com fundamento em norma constitucional autoaplicável e na Lei Estadual 186/73. A **decisão judicial** advinda decreta

¹³ Embora uma e outra estejam relacionadas a um desvalor ético-moral na conduta do oficial, a incompatibilidade para o oficialato é um termo mais amplo do que a indignidade para o oficialato. Jorge Cesar de Assis (2008b, p. 83), ao tratar do alcance desses termos no Direito Penal Militar (arts. 100 e 101 do CPM, rol taxativo, que não admite ampliação) e no Direito Administrativo Militar, aponta que: “*Contrario sensu* ao campo do Direito Penal Militar, o conceito de *indigno ou incompatível com o oficialato* no campo administrativo militar é amplo, genérico, bastando que se diga, como ponto de partida, que *incompatível* é o inconciliável com o oficialato, como o relapso, indulgente, irresponsável profissionalmente, o promíscuo de vida escandalosa, enquanto que o *indigno* é o baixo, torpe, sórdido, não merecedor da condição de oficial, como o assaltante, o traficante, o peculatório, o estuprador, etc.”

¹⁴ Nos termos do art. 12, § 4º, da CF.

¹⁵ “**Indignidade para o oficialato - Art. 100.** Fica sujeito à declaração de indignidade para o oficialato o militar condenado, qualquer que seja a pena, nos crimes de traição, espionagem ou cobardia, ou em qualquer dos definidos nos arts. 161, 235, 240, 242, 243, 244, 245, 251, 252, 303, 304, 311 e 312.” (Referidos artigos correspondem, respectivamente, aos crimes de: desrespeito a símbolo nacional, pederastia ou outro ato de libidinagem, furto simples, roubo simples, extorsão simples, extorsão mediante sequestro, chantagem, estelionato, abuso de pessoa, peculato, peculato mediante aproveitamento do erro de outrem, falsificação de documento e falsidade ideológica).

¹⁶ “**Incompatibilidade com o oficialato - Art. 101.** Fica sujeito à declaração de incompatibilidade com o oficialato o militar condenado nos crimes dos arts. 141 e 142.” (Referidos artigos correspondem, respectivamente, aos crimes de: entendimento para gerar conflito ou divergência com o Brasil e tentativa contra a soberania do Brasil, ambos crimes contra a segurança externa do país)

¹⁷ **Lei 7.170/83**, a qual define os crimes contra a segurança nacional, a ordem política e social, estabelece seu processo e julgamento e dá outras providências.

¹⁸ Nestes termos, art. 99 do CPM, *in verbis*: “**Perda de posto e patente - Art. 99.** A perda de posto e patente resulta da condenação a pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos, e importa a perda das condecorações.”

¹⁹ Conforme estabelecido no art. 18, § 3º, do Regimento Interno do TJMSP.

²⁰ Conforme o art. 9º, II, a, do Regimento Interno do TJMSP.

ou não a perda do posto e da patente do oficial, conforme a representação ministerial seja ou não acolhida. Em sendo acolhida, o oficial é excluído da Corporação e é determinado à Administração da PMESP que, com o trânsito em julgado da decisão, adote as medidas necessárias para a cassação de medalhas, láureas e condecorações eventualmente outorgadas ao representado, juntando-se cópia daquela decisão no seu assentamento individual. Além de poder ser embargada de declaração, a decisão judicial do Pleno pode também ser impugnada por meio de Recurso Extraordinário e de Recurso Especial.

Saliente-se, por fim, que, não obstante o quanto previsto na Lei Estadual 186/73, tal como ocorre com a RPG, ainda não há lei regulamentando a propositura, a instrução, o trâmite, o julgamento, os recursos, o prazo de prescrição e outros detalhes da RDI, de modo que o norte da matéria acaba vindo também da aplicação subsidiária de outras leis e codificações no quanto cabível,²¹ dos regimentos internos das Cortes,²² sobretudo as militares, e da jurisprudência e doutrina.

4. Da natureza judicialiforme do processo de Conselho de Justificação e seus desdobramentos práticos

Diferentemente da RPG e da RDI, o processo de CJ possui uma lei federal que regulamenta a sua aplicação aos oficiais das Forças Armadas, lei federal essa que é, *mutatis mutandis*, aplicável aos oficiais da PMESP, conforme dispõe o **art. 3º da Lei Estadual 186/73**, *in verbis*:

“Artigo 3º - O Conselho de Justificação observará as normas de procedimento estabelecidas pela lei federal.

§ 1º - Para a aplicação da lei federal aos Oficiais da Polícia Militar, as atribuições conferidas ao Presidente da República, aos Ministros Militares e ao Superior Tribunal Militar são, no Estado, da competência do Governador, do Secretário da Segurança Pública e do Tribunal de Justiça Militar, respectivamente.

§ 2º - Cabe ao Comandante Geral da Polícia Militar indicar ao Secretário da Segurança Pública o oficial a ser submetido a Conselho de Justificação, bem como os Oficiais a serem nomeados com integrantes do mesmo Conselho.”

Referida lei federal é a **Lei 5.836/72**, cujo **art. 2º** prevê os casos em que um oficial pode ser submetido a CJ:

Art. 2º É submetido a Conselho de Justificação, a pedido ou ‘ex officio’ o oficial das forças armadas:

I - acusado oficialmente ou por qualquer meio lícito de comunicação social de ter:

²¹ Por exemplo, os arts. 98 a 101 do CPM.

²² Ver nota nº 10, na qual está transcrito o art. 117 do Regimento Interno do TJMSP.

- a) *procedido incorretamente no desempenho do cargo;*
- b) *tido conduta irregular; ou*
- c) *praticado ato que afete a honra pessoal, o pundonor militar ou o decoro da classe;*
- II - considerado não habilitado para o acesso, em caráter provisório, no momento em que venha a ser objeto de apreciação para ingresso em Quadro de Acesso ou Lista de Escolha;*
- III - afastado do cargo, na forma do Estatuto dos Militares por se tornar incompatível com o mesmo ou demonstrar incapacidade no exercício de funções militares a ele inerentes, salvo se o afastamento é decorrência de fatos que motivem sua submissão a processo;*
- IV - condenado por crime de natureza dolosa, não previsto na legislação especial concernente a segurança do Estado, em Tribunal civil ou militar, a pena restrita de liberdade individual até 2 (dois) anos, tão logo transite em julgado a sentença; ou*
- V - pertencente a partido político ou associação, suspensos ou dissolvidos por força de disposição legal ou decisão judicial, ou que exerçam atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional.*
- Parágrafo único. É considerado, entre outros, para os efeitos desta Lei, pertencente a partido ou associação a que se refere este artigo o oficial das Forças Armadas que, ostensiva ou clandestinamente:*
- a) *estiver inscrito como seu membro;*
- b) *prestar serviços ou angariar valores em seu benefício;*
- c) *realizar propaganda de suas doutrinas; ou*
- d) *colaborar, por qualquer forma, mas sempre de modo inequívoco ou doloso, em suas atividades.*

Na Lei 5.836/72 estão definidos os casos de afastamento do oficial do exercício de suas funções para responder ao CJ, de quem é a competência para nomeação do Conselho,²³ como ele é composto, como funciona, como delibera, como se dá a comunicação dos atos, a fase instrutória, o prazo para conclusão dos trabalhos, quem redige o relatório e quais as conclusões que nele devem vir expressas.

²³ No Estado de São Paulo, referida competência é do Secretário de Segurança Pública. Já a representação contra o oficial a ser submetido ao CJ, bem como a indicação dos oficiais integrantes do Conselho compete ao Comandante Geral da PMESP, nos termos do art. 211, § 1º, das *Instruções do Processo Administrativo da Polícia Militar (I-16-PM)*, instituídas pelo Comandante Geral e publicadas no Bol G PM 001/94. Tais instruções são normas explicitadoras e complementares das normas que regulam os processos disciplinares, editadas com o objetivo de padronizá-los e adequá-los às peculiaridades da PMESP. O § 3º do mencionado art. 211 aponta que a Corregedoria da PMESP é o órgão responsável pelo saneamento dos autos que contém a acusação e as provas contra o oficial e pela elaboração da representação dirigida ao Secretário de Segurança Pública. Cuidam do Conselho de Justificação os arts. 125, 136 e 207 a 256 das I-16-PM. Há disposições acerca do CJ também nos arts. 73 a 75 do RDPM.

Além do quanto disposto no art. 5º, LV, da Constituição Federal, cuja aplicação, vale reforçar, é plena a todos os processos ora aqui examinados, a Lei do CJ prevê expressamente que ao justificante será assegurada a ampla defesa (art. 9º, *caput*).

Na fase instrutória ela estabelece a realização do interrogatório do justificante, a juntada de documentos por ele apresentados, a possibilidade de os membros do Conselho reperguntarem ao justificante e às testemunhas, de inquirirem o acusador, o prazo para apresentação de razões escritas pelo justificante após o seu interrogatório, o fornecimento, para tanto, do libelo acusatório²⁴ com as minúcias do relato dos fatos e a descrição dos atos que lhe foram imputados.

Referida norma determina também que o justificante deve estar presente a todas as sessões do Conselho, salvo a sessão secreta de deliberação do relatório, e autoriza-o a requerer, em sua defesa,²⁵ todas as provas permitidas no Código de Processo Penal Militar, cujas normas, aliás, são aplicáveis subsidiariamente ao processo de CJ (cf. art. 17 da Lei 5.836/72).

Realizadas todas as diligências, o Conselho passa a deliberar, em sessão secreta, se o justificante: **a)** é ou não culpado da acusação que lhe foi feita; ou **b)** está ou não sem habilitação para o acesso, em caráter definitivo (no caso de item II, do art. 2º da Lei 5.836/72); ou **c)** está ou não incapaz de permanecer na ativa ou na situação em que se encontra na inatividade (no caso do item IV, do mesmo art. 2º, levados em consideração os preceitos de aplicação da pena previstos no Código Penal Militar).

Elaborado o relatório contendo a deliberação dos membros do Conselho, o processo, até aqui **iniciado e instruído na Corporação, é remetido para o Secretário de Segurança Pública**, que aceita ou não o quanto deliberado pelo Conselho e determina, conforme o caso, o arquivamento do CJ, a aplicação de pena disciplinar, a transferência para a reserva remunerada, a remessa do processo ao juiz de direito do juízo militar competente (se considera crime a razão pela qual o oficial foi considerado culpado) **ou, ainda, a remessa do processo ao Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo em duas hipóteses**, quais sejam: **a)** se a razão pela qual o oficial foi julgado culpado está previsto nos itens I, III e V do art. 2º supracitado; ou **b)** se, pelo crime cometido previsto no item IV do referido art. 2º, o oficial foi julgado incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade.

Da análise legal feita até aqui, conclui-se que **o CJ pode ter ou um desfecho administrativo ou um desfecho judicial.**

²⁴ Embora não esteja previsto na referida Lei, o libelo deve ser entregue ao oficial acusado junto com a citação para o CJ.

²⁵ Nessa fase administrativa, a defesa do oficial acusado pode ou não ser exercida por Advogado. Embora seja indispensável à Administração da Justiça (art. 133, CF), sua presença não é exigida nos processos administrativos, cf. Súmula Vinculante nº 5 STF. Por conseguinte, também não é exigida na fase administrativa de processos judicialiformes. A Administração Militar deve facultar ao oficial acusado a nomeação de profissional de sua confiança, o que se não ocorrer acarreta a nomeação de defensor dativo, na pessoa de oficial superior ao justificante.

O oficial da PMESP, ao responder um CJ, pode, **na esfera administrativa**, linhas gerais, ou receber uma punição disciplinar não exclusória ou ser transferido para a reserva não remunerada, hipótese em que o processo de CJ não tem uma segunda fase, qual seja, a fase judicial.²⁶

Decorre daí que o Secretário de Segurança Pública, nomeado pelo Governador do Estado, não tem competência para, administrativamente, com base no poder disciplinar decorrente do princípio da hierarquia, excluir o oficial da PMESP (que também integra o Poder Executivo e a ele também está subordinado), determinando-lhe a perda do posto e da patente.

Tal competência, conforme já salientado, é do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, para onde o CJ é remetido para ter desfecho judicial.

O CJ, ao aportar no TJMSP, é distribuído a um Juiz de Segunda Instância, que determina a manifestação por escrito do justificante, no prazo de cinco dias, sobre a deliberação dos membros do Conselho e sobre a decisão do Secretário de Segurança Pública (cf. art. 15 da Lei 5.836/72 e art. 117, § 2º, do RITJMSP).²⁷

Feito isso, o processo vai ao Juiz Revisor para análise, depois ao Procurador de Justiça – que, neste caso, atua como *custos legis*²⁸ –, sendo, em seguida, encaminhado pelo Juiz Relator ao Juiz Presidente para inclusão em pauta de julgamento.

O Pleno do TJMSP, a quem compete originariamente julgar os processos de Conselho de Justificação (cf. art. 9º, II, *a*, do RITJMSP), caso julgue provado que o oficial é culpado de ato ou fato previsto nos itens I, III e V, do art. 2º da Lei 5.836/72, ou que, pelo crime cometido, previsto no item IV do mesmo art. 2º, é incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade, deve, nos termos do art. 16 da Lei

²⁶ Nesta hipótese, em que a própria autoridade militar nomeante, qual seja, o Secretário de Segurança Pública, decide o feito em sua esfera, a decisão final do CJ pode ser objeto dos recursos administrativos cabíveis, de uma revisão administrativa ou mesmo ter a legalidade levada à apreciação do Poder Judiciário (art. 5º, XXXV, CF), por meio de uma ação ordinária ou mandamental, da competência do juiz de direito do Juízo Militar, tal como comumente ocorre com o PAD e com o CD, processos totalmente administrativos.

²⁷ Caso decorra o prazo sem que o justificante se manifeste, o Juiz Relator solicita a designação de Defensor Público para que a apresente, em prazo por ele assinalado, sendo a defesa técnica por Advogado, a partir desse momento, do início da fase judicial do CJ no TJMSP, essencial, sob pena de nulidade. Ante a já apontada impossibilidade de se rediscutir temas atinentes ao processo-crime no qual o oficial, ora justificante, foi condenado, tal manifestação restringe-se a tentar demonstrar que não houve conduta irregular ou prática de ato que afete a honra pessoal, nem quebra do decoro profissional ou ofensa ao pundonor militar, ou, noutra linha, que tenha havido um excepcional realinhamento de conduta, ou que tenha havido desvio de finalidade, entre outras, além de ser também o momento de se arguir, preliminarmente, eventuais nulidades ocorridas na fase administrativa (v.g., falta da acusação oficial a justificar a nomeação do Conselho *ex officio*, inépcia do libelo acusatório, cerceamento de defesa, falta de motivação no relatório, prescrição dos fatos imputados, etc). Nesse sentido, Jorge Cesar de Assis assinala: “O contraditório limita-se à possibilidade de o oficial representado **demonstrar, estreme de dúvida**, que os fatos pelos quais restou processado, judicialmente ou administrativamente, **não o desonraram, não o macularam, nem lhe deixaram qualquer nódoa pessoal ou profissional**. Por óbvio, a toda evidência, o justificante poderá, ao defender-se no julgamento perante o Tribunal competente, arguir, em sede de preliminares, eventuais **nulidades** ocorridas na fase administrativa.” (2012, p. 270-271) (grifos no original)

²⁸ A intervenção do membro do *Parquet* nesta espécie de feito não encontra previsão na Lei do CJ, mas decorre do quanto disposto nos arts. 127 e 129, ambos da CF/88, sobretudo no interesse público existente no destino dos oficiais militares, estando prevista no RITJMSP. Sobre o tema, ver abaixo o item IV.II.

do CJ, conforme o caso: **a)** declará-lo indigno do oficialato ou com ele incompatível, determinando a perda de seu posto e patente; ou **b)** determinar sua reforma (passagem para a inatividade desobrigado do serviço militar).²⁹

Essas são as hipóteses em que o CJ, provocado pela autoridade militar nomeante, é julgado procedente pelo TJMSP e o oficial é considerado não justificado.

Por outro lado, os processos de CJ que são remetidos ao TJMSP (isto é, que além da fase administrativa possuem também uma fase judicial) podem ter outros desfechos, também determinados pelo seu órgão pleno no exercício da jurisdição, tais como:

“- O oficial é considerado justificado, e o processo será arquivado;

(...)

- O Tribunal reconhece a prescrição do feito, e o processo será arquivado;

- O Tribunal anula o processo oriundo do Conselho de Justificação por motivo ocorrente na fase administrativa (no âmbito da organização militar): cerceamento de defesa, inépcia do libelo, falta de motivação para a instauração do CJ etc. Nesse caso, não estando prescrito, o Conselho de Justificação poderá ser renovado na organização militar;

- O Tribunal poderá, ainda, tomar outras decisões: transformação em processo criminal, decretar a extinção da punibilidade pela morte do oficial, sobrestar os autos até decisão do foro criminal etc.” (ASSIS, 2012, p. 257)³⁰

A reforma do oficial ou sua demissão *ex officio*, proveniente da perda de posto e patente, conforme o caso, é efetuada pelo Secretário de Segurança Pública ou encaminhada ao Governador do Estado, tão logo seja publicado o acórdão do TJMSP.

Ao se interpretar sistematicamente a Lei 5.836/72, c.c. a Lei Estadual 186/73, e a Lei Complementar Estadual 893/01 (RDPM), todas à luz da Constituição Federal, em observância a postulado básico de hermenêutica jurídica, revela-se inarredável a conclusão de que, em vista do quanto disposto nessas normas legais e no art. 42, § 1º, no art. 142, § 3º, VI, e no art. 125, § 4º, *in fine*, todos da Constituição Federal,

²⁹ **Art. 16.** O Superior Tribunal Militar, caso julgue provado que o oficial é culpado de ato ou fato previsto nos itens I, III e V, do artigo 2º ou que, pelo crime cometido, previsto no item IV, do artigo 2º, é incapaz de permanecer na ativa ou na inatividade, deve, conforme o caso:

I - declará-lo indigno do oficialato ou com ele incompatível, determinando a perda de seu posto e patente; ou

II - determinar sua reforma.

§ 1º A reforma do oficial é efetuada no posto que possui na ativa, com proventos proporcionais ao tempo de serviço.

§ 2º A reforma do oficial ou sua demissão ‘*ex officio*’ consequente da perda de posto e patente, conforme o caso, é efetuada pelo Ministro Militar respectivo ou encaminhada ao Presidente da República, tão logo seja publicado o acórdão do Superior Tribunal Militar.”

³⁰ Na citada hipótese de reconhecimento da prescrição resta prejudicada a análise do mérito do CJ. Prazo prescricional de seis anos, previsto no art. 18 da Lei 5.836/72.

somente por meio de uma **decisão judicial** do Pleno do TJMSP um oficial da PMESP poderá ser julgado indigno do oficialato ou com ele incompatível e ter decretada a perda de seu posto e de sua patente.

Há uma corrente doutrinária (minoritária)³¹ e jurisprudencial (majoritária nas Cortes Superiores)³² que sustenta que tal decisão do Pleno do TJMSP tem natureza administrativa, não podendo, portanto, diferentemente das decisões tiradas nos processos de RPG e de RDI, serem objeto de Recurso Extraordinário e/ou de Recurso Especial perante, respectivamente, o E. Supremo Tribunal Federal e o C. Superior Tribunal de Justiça.

Aqueles que têm adotado tal corrente fundamentam sua convicção sobretudo nos seguintes argumentos:

- a decisão do tribunal militar competente, em Conselho de Justificação, que decreta a perda de posto e de patente de oficial, por indignidade e/ou incompatibilidade para com o oficialato, limitar-se-ia a homologar o parecer dos membros do Conselho e a manifestação do Secretário de Segurança Pública (decisão meramente homologatória);
- referida decisão trata-se, na verdade, de reexame necessário da decisão do Conselho de Justificação;

³¹ Nesse sentido, **Péricles Aurélio Lima de Queiroz, Jorge Luiz Nogueira de Abreu e Paulo Tadeu Rodrigues Rosa**. Este último autor, embora aponte o CJ como um processo administrativo, reconhece que, preenchidos os requisitos, a decisão do Tribunal que julgá-lo poderá ser objeto de recurso extraordinário ou de recurso especial (2007b, p. 108).

³² PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. PEÇA ESSENCIAL. AUSÊNCIA. SÚMULA 288 DO STF. CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO. TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR. PERDA DE POSTO E PATENTE DE OFICIAL. DECISÃO ADMINISTRATIVA. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPOSIÇÃO DE RE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I - Decisão monocrática que negou seguimento ao agravo de instrumento em razão da ausência de peças essenciais à compreensão da controvérsia. Incidência da Súmula 288 do STF. II - Inexistência de novos argumentos capazes de afastar as razões expendidas na decisão ora atacada, que deve ser mantida. III - Decisão do Tribunal de Justiça Militar, em Conselho de Justificação, que decreta a perda de posto e de patente de oficial tem natureza administrativa, sendo inadmissível a interposição de RE. IV - Agravo regimental improvido. (STF, 1ª T., AI-AgR 650238/SP, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, v.u., j. 3/8/2007) (g.n.) Na mesma linha: STF, 2ª T., AI-AgR 719502/SP, Rel. Min. **Eros Grau**, v.u., j. 26/8/2008; STF, 1ª T., RE 318.469/DF, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, v.u., j. 26/2/2002, DJ 5/4/2002; STF, 2ª T., AI-AgR 811.709/SP, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, v.u., j. 16/11/2010, DJe 6/12/2010.

PROCESSUAL PENAL MILITAR. RECURSO ESPECIAL DELIBERAÇÃO DO CONSELHO DE JUSTIFICAÇÃO CONFIRMADA PELO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE SÃO PAULO. LEI Nº 5.836/72. PERDA DO POSTO E DA PATENTE. NATUREZA ADMINISTRATIVA. DESCABIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. A deliberação do Conselho de Justificação que determina a perda do posto e da patente submetida à apreciação do E. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo nos exatos termos da Lei nº 5.836/72 e, por este confirmada, possui natureza eminentemente administrativa, não podendo, portanto ser impugnada pelos recursos extraordinários (recurso especial e extraordinário) (Precedentes desta Corte e do Pretório Excelso). Recurso não conhecido. (STJ, 5ª T, RESP 2005/0070507-9, Rel. Min. **Felix Fischer**, v.u., j. 15/12/2005, DJ: 20/03/2006, p. 343) (g.n.) Na mesma vertente: STJ, 3ª Seção, AgRg no HC 2000/0053904-0, Rel. Min. **José Arnaldo da Fonseca**, v.u., j. 25/10/2000, DJ: 27/11/2000, p. 122; STJ, 2ª T, AGA 2010/0093234-0, Rel. Min. **Herman Benjamin**, v.u., j. 28/9/2010, DJE: 2/2/2011; STJ, 6ª T, AGRESP 2005/0068251-0, Rel. Min. **Nilson Naves**, v.u., j. 2/3/2010, DJE: 24/5/2010; STJ, 5ª T, RESP 2005/0208014-8, Rel. Min. **Jorge Mussi**, v.u., j. 16/10/2008, DJE: 24/11/2008; STJ, 5ª T, AGA 2006/0235478-4, Rel. Min. **Laurita Vaz**, v.u., j. 12/6/2007, DJ: 6/8/2007, p. 655.

- referida decisão não possui cunho jurisdicional;
- que nesse procedimento de reexame, mesmo culminando com pronunciamento de um órgão judicial, não há *causa* para o efeito de ensejar a interposição dos recursos extremos;
- que embora o CJ seja confiado ao tribunal militar competente isso não lhe altera a natureza administrativa;
- que embora o CJ tenha uma fase judicial, ela não é jurisdicional;
- que inexistente, na espécie, contencioso judicial, um dos pressupostos de admissibilidade de tais recursos extremos;
- que se trata de matéria regulada pelo Direito Administrativo, dela não se ocupando o CPM e o CPPM;
- que por se tratar de ato administrativo, tal decisão pode ser anulada por meio de ação ordinária ou de mandado de segurança, causa esta que, quando decidida em última instância, então sim poderá, eventualmente, desde que preenchidos os demais requisitos, ser objeto de recurso extraordinário e recurso especial;
- que a decisão do tribunal militar competente em sede de CJ possui caráter materialmente administrativo, eis que proferida em procedimento cuja natureza, por revelar-se destituída de índole jurisdicional, não se ajusta ao conceito constitucional de *causa*.

Com a devida vênia dos ilustres defensores desses respeitáveis e proffucos argumentos, acompanhando corrente doutrinária (majoritária)³³ e jurisprudencial (minoritária nas Cortes Superiores),³⁴ entendo que tal motivação é contraditória, pois ao se sustentar que no CJ que é remetido para o TJMSP não existe contencioso jurisdicional, sendo a decisão do Pleno do TJMSP meramente homologatória e de natureza administrativa (premissas falsas) decorre que:

- estar-se-ia admitindo que o Pleno do TJMSP pode realizar julgamento administrativo-disciplinar de oficial da PMESP e aplicar-lhe punição administrativo-disciplinar;
- estar-se-ia admitindo que o Poder Judiciário pode examinar não só a legalidade, mas também a conveniência e a oportunidade (mérito) de excluir administrativamente um membro do Poder Executivo (oficial da PMESP), em clara ofensa ao consagrado princípio da separação dos poderes (art. 2º, CF);

³³ Nessa linha, também defendendo que a decisão decorrente do *juízo* do Conselho de Justificação perante o Poder Judiciário é *judicial* e não administrativa, **Fernando Capez e Ronaldo João Roth** (2011, p. 159-160) arrolam **Jorge Cesar de Assis, José Julio Pedrosa, Carlos Frederico de Oliveira Pereira, Marisa Cauduro da Silva, Jadir Silva e Fernando Pereira**.

³⁴ “Recurso extraordinário. Também os oficiais das Polícias Militares só perdem o posto e a patente se forem julgados indignos do oficialato ou com ele incompatíveis por decisão do Tribunal competente em tempo de paz. Esse processo não tem natureza de procedimento ‘parajurisdicional’, mas sim, natureza de processo judicial, caracterizando, assim, causa que pode dar margem à interposição de recurso extraordinário. Inexistência, no caso, de ofensa ao artigo 5º, LVII, da Constituição. Recurso extraordinário não conhecido.” (STF, 1ª T., RE nº 186.116-9/ES, Rel. Min. **Moreira Alves**, j. 25/8/1999) (g.n.). Na mesma vertente: STF, Pleno, RE nº 104.387-3/RS, Rel. Min. **Néri da Silveira**, v.u., j. 28/4/1988; STF, 1ª T., RE nº 209.350-MT, Rel. Min. **Ilmar Galvão**, v.u., j. 4/5/1999, DJ 13/8/1999, p. 18.

- estar-se-ia admitindo que uma decisão do Pleno do TJMSP pode ser objeto ou de pedido de reconsideração, ou de recurso hierárquico, para não contrariar o princípio da recorribilidade das decisões finais de mérito;
- estar-se-ia admitindo que o Governador do Estado, ao ser comunicado da decisão do Pleno do TJMSP para o seu devido cumprimento, qual seja, cassar o posto e a patente do oficial julgado indigno e/ou incompatível para com o oficialato, tivesse o poder de reformá-la ou a faculdade de não cumpri-la;
- estar-se-ia admitindo que cabe revisão administrativa da decisão do Pleno do TJMSP, quiçá para o Governador do Estado, quiçá para o próprio Pleno (hipótese de inapropriada impugnação de mérito para o mesmo órgão colegiado máximo de mesma instância);
- a *contrario sensu*, estar-se-ia admitindo que uma causa de competência originária do Pleno do TJMSP, decidida em única instância, no exercício de sua função precípua jurisdicional, não pode ser objeto quer de recurso extraordinário (nos termos do art. 102, III, CF), quer de recurso especial (nos termos do art. 105, III, da CF/88);
- estar-se-ia admitindo que uma decisão do Pleno do TJMSP pode ser questionada por meio de uma ação ordinária ou mesmo de um mandado de segurança a ser julgado por um juiz de direito da Justiça Militar Estadual na primeira instância,³⁵ invertendo-se a hierarquia das instâncias judiciais (uma decisão judicial colegiada do Pleno sendo revista monocraticamente por um juiz de direito da primeira instância);³⁶
- estar-se-ia admitindo que, diante das mesmas partes e da mesma causa de pedir, uma decisão judicial do Pleno do TJMSP transitada em julgado, com a devida análise de mérito, pode ser reexaminada e rediscutida por meio de ação ordinária ou mandamental,³⁷ em clara (e inapropriada) tentativa de desconstituição da coisa julgada material e de obter nova manifestação sobre tema já decidido anteriormente;
- estar-se-ia admitindo que o TJMSP pode iniciar um CJ (quebra do princípio da inércia; *nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*) e que não existe conflito de interesses qualificado por uma pretensão resistida (inexistência de lide);
- estar-se-ia admitindo que é dispensável a defesa técnica por Advogado num processo de competência originária do Pleno do TJMSP e que, por exemplo, alguém sem inscrição nos quadros da OAB pode fazer uma sustentação oral durante o julgamento do CJ;

³⁵ Cf. art. 125, § 4º, CF, que aponta a novel competência cível para processar e julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares.

³⁶ Observe-se que desta sentença caberia apelação cível para uma das câmaras do TJMSP, o que significaria o julgamento, por órgão colegiado fracionado, de decisão tomada, na origem, pelo Pleno da Corte, hipótese igualmente inviável.

³⁷ Observe-se que na hipótese do mandado de segurança, a autoridade julgadora não teria ascensão funcional sobre a autoridade coatora, no caso, o próprio Pleno do TJMSP.

- estar-se-ia admitindo ser obrigatória a intervenção do Ministério Público em feitos de natureza administrativa.

À luz do texto constitucional, bem como de toda a sistemática aqui exposta, insistir que é possível determinar a perda do posto e da patente de oficial da PMESP por meio de processo e decisão administrativos é conclusão tão equivocada quanto essas acima elencadas.

Não há dúvida de que o processo de Conselho de Justificação tem uma fase administrativa (fase postulatória e instrutória 1). Todavia, é inegável que ele tem também uma fase judicial (fase instrutória 2 e decisória).

A junção dessas duas fases faz com que o **processo de CJ que chega ao TJMSP tenha natureza híbrida ou judicialiforme**. Nessa hipótese, insta ressaltar que a fase administrativa é concluída com a decisão do Secretário de Segurança Pública e posterior remessa dos autos ao TJMSP. A partir daí, tem início uma fase marcadamente judicial que culmina com uma decisão indubitavelmente jurisdicional.

Por essa razão é que o art. 18 do RITJMSP proclama que o **CJ é um feito judicial de natureza especial**³⁸ e o art. 1º da Lei 5.836/72 que o CJ é um **processo especial**.³⁹

Como apontado alhures, existem diversos desfechos possíveis para um CJ que tramita perante o TJMSP. Diante da acusação formulada contra o oficial pela PMESP ou diante da sentença condenatória transitada em julgado, o militar, ao ser julgado pelo TJMSP, pode, inclusive, ser mantido na Corporação, se na ativa, ou continuar com sua condição de militar, se reformado ou na reserva, caso reúna condições éticas e morais para tanto. O desfecho estará atrelado à análise feita pelo Pleno do TJMSP das provas coligidas no CJ, do cotejo dessas provas com os fundamentos do parecer e da decisão administrativa, do exame com vistas aos princípios da legalidade, da proporcionalidade, da razoabilidade, da individualização da pena, entre outros.

Embora preponderem resultados desfavoráveis ao justificante, outras decisões são perfeitamente possíveis e reais.⁴⁰ Registre-se, por oportuno, as estatísticas dos

³⁸ “**Art. 18.** (...)”

§ 3º. São feitos judiciais de natureza especial os processos de **conselho de justificação**, de representação para declaração de indignidade/incompatibilidade e de representação para perda de graduação.” (g.n.)

³⁹ “**Art. 1º O Conselho de Justificação** é destinado a julgar, através de **processo especial**, da incapacidade do oficial das Forças Armadas - militar de carreira - para permanecer na ativa, criando-lhe, ao mesmo tempo, condições para se justificar.

Parágrafo único. O Conselho de Justificação pode, também, ser aplicado ao oficial da reserva remunerada ou reformado, presumivelmente incapaz de permanecer na situação de inatividade em que se encontra.” (g.n.)

⁴⁰ Com base em dados de 2002, Jorge Cesar de Assis aponta que dois terços dos Conselhos submetidos ao STM tiveram resultado desfavorável ao justificante. Nos tribunais militares estaduais, com base em dados colhidos desde a edição da respectiva lei especial até 2003, aponta que: “Da mesma forma, em nível dos Tribunais Militares Estaduais, a preponderância de resultados desfavoráveis ao Justificante prevalece, consideradas as demissões e reformas, sendo de 71% em Minas Gerais, 46% em São Paulo, e 55% no Rio Grande do Sul. Esta preponderância, tanto na esfera federal como na estadual, apenas reflete o rigor dos Tribunais Militares e o zelo observado na tutela dos valores essenciais às instituições armadas – a disciplina e a hierarquia, naturalmente exigidas em maior grau dos Oficiais, preparados que são, ao longo da carreira, para exercerem as funções de comando, chefia e direção.” (2012, p. 288)

últimos cinco anos da Corte Castrense Bandeirante. No período de 1º/1/2007 a 31/12/2011, foram distribuídos no TJMSP 43 Conselhos de Justificação, dos quais em 27 (62,79%) o oficial justificante foi julgado indigno/incompatível para com o oficialato, tendo sido decretada a perda de seu posto e de sua patente, em 5 (11,62%) a conduta do oficial justificante foi justificada, 1 foi julgado prejudicado (por já haver sido decretada a perda do posto e da patente anteriormente), 1 encontra-se sobrestado, aguardando o julgamento de mandado de segurança impetrado junto ao STJ e 9 ainda aguardam julgamento.

A afirmação categórica de que a decisão do Pleno do TJMSP é meramente homologatória perde, assim, o seu sentido. Na mesma linha, a afirmação de que tal decisão se trata de mero reexame necessário. Oportuno aqui salientar que uma decisão judicial de primeira instância sujeita ao reexame necessário também pode ser revista e reformulada de diversas formas em segunda instância, com base no efeito translativo, em sede de remessa necessária.

Ao excluir um oficial da PMESP por meio de um CJ o TJMSP não está exercendo função atípica decorrente dos poderes hierárquico e disciplinar sobre os seus respectivos servidores, haja vista que referidos oficiais integram não o Poder Judiciário, mas sim o Poder Executivo Estadual.⁴¹ Está, em verdade, exercendo sua função típica, precípua, qual seja, a jurisdicional, isto é, a de dizer e aplicar o direito ao caso concreto.

Embora o Pleno do TJMSP seja composto por quatro juízes militares, nomeados dentre coronéis da ativa da PMESP (posto mais elevado da carreira), ao serem escolhidos e nomeados pelo Governador do Estado, esses coronéis passam, agora como juízes, a integrar não mais o Poder Executivo, mas sim o Poder Judiciário, com todos os direitos, deveres e prerrogativas de tal cargo, submetendo-se, inclusive, à Lei Orgânica da Magistratura Nacional, tal como ocorre com os juízes egressos do Ministério Público e da Advocacia (quinto constitucional, art. 94, CF).

Em outras palavras, como membros do Poder Judiciário Militar Estadual os juízes egressos da carreira militar não fazem juízo hierárquico, isto é, não têm mais competência para aplicar sanções administrativo-disciplinares aos oficiais da PMESP. Têm sim, como já ressaltado, competência para julgar, no desempenho da função típica jurisdicional, se um oficial se tornou indigno ou incompatível com o oficialato e, conforme for, decretar a perda de seu posto e sua patente, por meio de decisão material e formalmente jurisdicional, não sendo possível considerá-la como de caráter meramente administrativo.

⁴¹ Não só os oficiais como toda a PMESP está subordinada ao Governador do Estado de São Paulo. Nestes termos, dispõe o art. 144, § 6º, CF:

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: (...)

§ 6º - As polícias militares e corpos de bombeiros militares, forças auxiliares e reserva do Exército, subordinam-se, juntamente com as polícias civis, aos Governadores dos Estados, do Distrito Federal e dos Territórios.

Referida decisão, uma vez transitada em julgado, adquire carga de definitividade (*final enforcing power*). Remetida cópia desta decisão para o Governador do Estado não lhe cabe não expedir o ato que formaliza o desligamento do já considerado materialmente ex-oficial da PMESP, sob pena de descumprimento de decisão judicial. Razão pela qual, outrossim, não há o Governador do Estado que ser apontado como autoridade coatora em eventual *mandamus* impetrado contra o ato exclusório do oficial.

Efetivada a decisão, o ex-oficial, cuja pretensão jurídica de permanecer na Corporação sucumbiu à pretensão jurídica da PMESP de vê-lo excluído dos seus quadros, arcará com consequências de ordens variadas, inclusive financeira. Nesse sentido, vale destacar que:

*“Ocorrida a **perda do posto e da patente** para o oficial da ativa isso acarretará a sua **demissão** da Corporação, sem que ele tenha direito a qualquer remuneração ou indenização. Ressalve-se que estará garantida ao mesmo a **certificação de sua garantia militar** e o tempo prestado ao Estado para fins de aposentadoria, que deverá ser completado para aquele fim.*

*Por outro lado, se a **perda do posto e da patente** ocorrerem para o oficial que **já se encontra na reserva remunerada ou reformado** (inativo), não há de se falar em demissão do cargo, pois com sua inatividade já se realizará o seu desligamento do cargo que ocupava. O que ocorre, sim, é a perda do **status** do Oficial (posto e patente) e das condecorações, mantidos, todavia, os proventos decorrentes do cargo em que se inativou e outras vantagens dele decorrentes, como direito adquirido.*

*E isto porque o **cargo** tem correspondência com o **posto**, que recebe esta denominação quando o oficial o ocupa na **atividade**, mas em decorrência da **inatividade** (reserva ou reforma) o posto se **desagrega** do cargo, que permanece no quadro administrativo, instituído por lei, para ser ocupado por **outro oficial da ativa**.” (ROTH, 2001, p. 31-36)*

Ainda no que se refere à manutenção ou não dos proventos do oficial excluído, decisão recente do Pleno do TJMS cassou os vencimentos de oficial julgado indigno para com o oficialato e que teve decretada a perda do posto e da patente por cometimento de falta/crime enquanto ainda estava na ativa. Referido julgado seguiu assim ementado:

*“O E. TJME, em Sessão Plenária, à unanimidade de votos, rejeitou as preliminares arguidas, e, no mérito, julgou o justificante indigno para com o oficialato e com ele incompatível, decretando a perda do seu posto e patente, de conformidade com o relatório e voto do E. Juiz Relator, que ficam fazendo parte do acórdão. **Em relação aos proventos, por maioria (3x2x1), foi decretada sua cassação.** Vencidos quanto a este aspecto, os E. Juízes Avivaldi Nogueira Junior e Paulo Prazak, que os*

mantinham. O E. Juiz Paulo A. Casseb, não conheceu da matéria. Sem voto o E. Juiz Presidente, Orlando Eduardo Geraldi.” (TJMSP, Pleno, CJ 205/2010, Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho, j. 16/5/2012, DJMe 17/5/2012, p. 5-6) (g.n.)

Revela-se inadmissível, pois, que uma decisão judicial dessa relevância, que pode modificar ou extinguir direitos, apta a causar impactos dessa envergadura, não possa ser impugnada por meio de recurso judicial para uma instância superior, ainda que para discutir questões constitucionais e/ou infraconstitucionais.

Não é porque o processo oriundo da PMESP quando distribuído no TJMSP continua com o mesmo nome (Conselho de Justificação) que referido feito mantém sua natureza administrativa inicial ou que possa ser tido como um processo simplesmente administrativo, desprovido de caráter jurisdicional. Tampouco significa que a decisão a ser proferida pelo Pleno do TJMSP possui natureza administrativa, não jurisdicional, meramente homologatória.

As decisões do TJMSP nos processos de CJ são, sem embargo das respeitáveis opiniões em contrário, atos jurisdicionais, seja ao se considerar o critério subjetivo-orgânico (decisão de órgão do Poder Judiciário com competência expressa na CF), seja ao se considerar o critério material (pretensão da Administração Militar em ver decretada a perda do posto e da patente do oficial, para efetivar a demissão do oficial *versus* a pretensão do oficial em manter o seu *status quo* e em não ter declarada sua indignidade ou incompatibilidade com oficialato com consequente extinção ou modificação de direitos seus).

Outrossim, não é porque não se aplica o CPM no processo de CJ julgado pelo TJMSP ou porque o CPPM tem aplicação apenas subsidiária no trâmite de tal processo que a decisão de referido feito, que tem previsão em lei específica e na própria CF, com defesa exercida necessariamente por advogado, com participação do MP como fiscal da lei, com caracterização de lide (na concepção carneluttiana), terá natureza administrativa.

A competência do Pleno do TJMSP para decidir – frise-se, judicialmente, no exercício de sua função jurisdicional precípua – sobre a perda do posto e da patente de oficiais da PMESP, seja em sede de RDI, seja em sede de CJ, nada tem a ver com a competência da Corporação Bandeirante de aplicar punições administrativas não exclusórias aos seus oficiais faltosos, inclusive em sede de CJ, já que referido processo mantém o mesmo nome tanto quando é meramente administrativo (casos em que não é remetido ao TJMSP), como quando é judicialiforme ou híbrido (casos em que é remetido ao TJMSP).

A possibilidade de se recorrer de uma decisão jurisdicional de mérito do Pleno do TJMSP, decorrente da própria garantia à ampla defesa, não pode restar inviabilizada, quer para o oficial, quer para a PMESP, até mesmo em vista de inexistir norma dispondo tratar-se de decisão irrecorrível.

O oficial deve ser um líder, um condutor, servir de exemplo para a tropa. Para tanto deve reunir atributos morais e éticos que demonstrem esta condição de comandante. A PMESP não pode ter, jamais, em seus quadros, oficiais que se

desvalorizem e percam o prestígio necessário para impor a disciplina e a ordem. Comanda-se, principalmente, por exemplo à tropa, que deve ser o melhor possível.

O duplo grau de jurisdição, embora não esteja expresso no texto constitucional de 1988, decorre da sistemática da Carta Magna.⁴²

Referido princípio comporta exceções, as quais, a meu ver, só confirmam a regra de que ele deve prevalecer. Se por um lado algumas autoridades, como os oficiais militares, têm o privilégio de serem julgadas originariamente por órgãos colegiados,⁴³ não passando por julgamento monocrático em primeira instância, por outro elas ficam sem uma instância superior para recorrer, isto é, para manifestar seu inconformismo sobre as questões de fato então decididas. A elas, em outras palavras, só restam os recursos não ordinários, cuja finalidade é, se for o caso, reavaliar somente matéria de direito (constitucional ou infraconstitucional).

Mesmo que o inconformismo seja limitado às questões de direito, isto é, ainda que seja para questionar se a decisão lançada nos autos do CJ colide ou não com normas infraconstitucionais aplicáveis aos militares (v.g., Lei 5.836/72, CPPM, CPM, etc) ou com normas constitucionais a eles aplicáveis, é fundamental que lhes seja facultada tal oportunidade.

Assim como à própria Corporação. Se o oficial tiver sua conduta justificada e permanecer na Corporação, importante ter um recurso hábil para que também a Fazenda Pública (ou o Ministério Público) possa defender o interesse da Administração (ou o interesse público), antes que a causa transite em julgado e os autos sigam para arquivamento.

Ao ressaltar a necessidade de se garantir o direito de recorribilidade tanto para o oficial justificante como para a PMESP, Paulo Lopes de Ornellas salienta que:

“A Justiça não se realiza através de ações inócuas, nem pode o Poder Judiciário compactuar com esse estado de coisas. É preciso que as Cortes Superiores revejam seu posicionamento em relação ao julgamento judicial do Conselho de Justificação, senão para garantir o direito de recorribilidade ao justificante e à própria Administração Pública, para proteger o próprio Poder Judiciário de uma odiosa omissão, que está potencializando uma negativa de prestação da tutela jurisdicional, com reflexo dantesco para uma classe de servidores do Estado, os Oficiais Militares.” (2011, p. 89)

⁴² Ao se debruçar sobre o princípio do duplo grau de jurisdição, Guilherme de Souza Nucci salienta, com propriedade, que: “Ao menos a dupla análise da imputação criminal deve ser realizada, consagrando-se o duplo grau de jurisdição como um princípio constitucional implícito, mas, sem dúvida, importante. A sua inserção constitucional implícita deve-se à expressa previsão na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, item 2, *h*), ingressando pela porta do art. 5º, §2º, da Constituição Federal, que admite outros princípios, além dos expressamente previstos nos demais incisos do art. 5º. (...) Em suma, o duplo grau é uma decorrência da necessidade humana de inconformismo diante da contrariedade, buscando a reavaliação do caso em diversa instância.” (2010, p. 365)

⁴³ Por exemplo, o desembargador ao ser julgado pelo Superior Tribunal de Justiça; o membro do Ministério Público ao ser julgado pelo Tribunal de Justiça, em sua composição plena ou pelo Órgão Especial; entre outros.

Os atos administrativos em geral estão sujeitos à apreciação do Judiciário, sobretudo no que diz respeito à sua legalidade. Em se adotando o entendimento prevalecente no STF e no STJ, o único recurso possível contra aludida decisão seriam os restritos embargos de declaração para o próprio Pleno do TJMSP, pois até mesmo o *habeas corpus* não seria cabível, conforme a Súmula 694 do STF.⁴⁴

Nessa esteira, considerando que o Pleno do TJMSP seria a autoridade coatora, para quem seria dirigido eventual mandado de segurança? Para o Pleno do E. TJSP, como já foi intentado por advogados engenhosos, apontando como autoridade coatora o Governador do Estado (como se tivesse a opção de não cumprir o quanto decidido pelo Pleno do TJMSP)?⁴⁵ Creio não ser a melhor alternativa.

Partindo-se desta premissa – ressalte-se mais uma vez, equivocada a nosso ver – de que no CJ há processo e decisão meramente administrativos, não havendo que se falar em ato jurisdicional, nem mesmo possibilidades de uma revisão criminal,⁴⁶ uma ação rescisória ou até a *querela nullitatis insanabilis* devem, de pronto, ser descartadas.

Comportaria o nosso ordenamento jurídico que uma decisão de mérito, formal e materialmente jurisdicional, seja recorrível apenas pela via dos embargos de declaração?

4.1 Do conceito constitucional de *causa*

As diferentes posições do E. Supremo Tribunal Federal quanto à natureza da decisão dos tribunais militares em sede de CJ e o cabimento ou não do recurso extraordinário contra tal decisão foram submetidas à apreciação de seu Plenário, em outubro de 2002, por meio de embargos de divergência, recurso cuja função jurídico-processual precípua é promover a uniformização de jurisprudência no âmbito do STF.

No julgamento da Questão de Ordem nos Embargos de Divergência no Recurso Extraordinário nº 318.469-5/DF, o Pleno do STF ressaltou que as decisões em confronto apontadas no caso⁴⁷ emanaram da mesma Turma, cuja composição majoritária – quatro Ministros, no caso – manteve-se substancialmente inalterada. Assim, ausente o requisito da diversidade orgânica, decidiu, à unanimidade, não admitir referidos Embargos.

Após demonstrar, com a clareza e a proficiência que lhe são peculiares, inclusive invocando as Súmulas 353/STF e 598/STF, que não era caso de admitir os Embargos de Divergência, em vista da falta de referido pressuposto de admissibilidade (questão de ordem, preliminar), o E. Ministro Celso de Mello, Relator do feito, acabou,

⁴⁴ **Súmula 694:** “Não cabe *habeas corpus* contra a imposição da pena de exclusão do militar ou de perda da patente ou de função pública.”

⁴⁵ TJSP, Órgão Especial, MS nº 172.905.0/1-00, Rel. Des. A. C. Mathias Coltro, v.u., j. 23/7/2009.

⁴⁶ Sobre essa ação em particular, o STF já declarou que “não comporta revisão criminal o processo de justificação da Lei n. 5.836, de 5.12.72, que tem caráter administrativo.” (STF, 2ª T., Rel. Min. Décio Miranda, v.u., j. 27/4/1982, DJ 11/6/1982, p. 5681)

⁴⁷ RE 209.350-MT, 1ª T., Rel. Min. Ilmar Galvão (admitiu recurso extraordinário e deu-lhe provimento) x RE 318.469-DF, 1ª T., Rel. Min. Sepúlveda Pertence (não admitiu o recurso extraordinário).

todavia, por também apreciar em seu voto o dissenso entre as decisões confrontantes suscitadas pelo embargante (questão de mérito).

Assim, avançou Sua Excelência, sustentando em seu voto que, embora emanado de autoridade judiciária, os atos judiciais praticados em procedimento destinado a viabilizar a decretação da perda do posto e da patente de oficiais (e da graduação das praças), por razão de indignidade ou de incompatibilidade de seu comportamento com o exercício da função militar ou com o desempenho da atividade policial-militar são atos proferidos em sede estritamente administrativa, destituídos de índole jurisdicional, não se ajustando, pois, tais atos, ao conceito constitucional de *causa*.

Nesse sentido, considerou que:

“Registre-se, finalmente, que mesmo que cabíveis os presentes embargos de divergência, ainda assim não se revelariam acolhíveis, eis que a decisão ora embargada – posterior àquela invocada como padrão de confronto – ajusta-se, com integral fidelidade, à orientação jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou no exame do tema em questão.

Com efeito, esta Suprema Corte tem advertido mostrar-se insuscetível de conhecimento o recurso extraordinário, sempre que impugnar, como na espécie dos autos, decisão de caráter materialmente administrativo, proferida em procedimento cuja natureza, por revelar-se destituída de índole jurisdicional, não se ajusta ao conceito constitucional de causa. Cumpre ter presente, neste ponto, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, que, ao versar o tema da interponibilidade do apelo extremo, adverte: ‘São impugnáveis na via recursal extraordinária apenas as decisões finais proferidas no âmbito de procedimento judicial que se ajuste ao conceito de causa (CF, art. 102, III). A existência de uma causa – que atua como inafastável pressuposto de índole constitucional inerente ao recurso extraordinário – constitui requisito formal de admissibilidade do próprio apelo extremo. A locução constitucional ‘causa’ designa, na abrangência de seu sentido conceitual, todo e qualquer procedimento em cujo âmbito o Poder Judiciário, desempenhando sua função institucional típica, pratica atos de conteúdo estritamente jurisdicional. Doutrina e jurisprudência.’ (RTJ 161/1031, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Pleno)

(...)

Não é, pois, qualquer ato decisório do Poder Judiciário que se expõe, na via do recurso extraordinário, ao controle jurisdicional do Supremo Tribunal Federal. Aham-se excluídos da esfera de abrangência do apelo extremo todos os pronunciamentos, que, embora formalmente oriundos do Poder Judiciário (critério subjetivo-orgânico), não se ajustam à noção de ato jurisdicional (critério material).

A expressão causa, na realidade, designa qualquer procedimento em que o Poder Judiciário, desempenhando a sua função institucional típica,

resolve ou previne controvérsias mediante atos estatais providos de ‘final enforcing power’. É-lhe ínsita - enquanto estrutura formal em cujo âmbito se dirimem, com carga de definitividade, os conflitos suscitados - a presença de um ato decisório proferido em sede jurisdicional.

(...)

Os atos decisório do Poder Judiciário, que venham a ser proferidos em sede meramente administrativa, não encerram, por isso mesmo, conteúdo jurisdicional, deixando de veicular, em conseqüência, a nota da definitividade que se reclama aos pronunciamentos suscetíveis de impugnação na via recursal extraordinária.

Sendo assim, ainda que judiciária a autoridade de que emanou o pronunciamento impugnado, não terá pertinência o recurso extraordinário, se a decisão houver sido proferida em sede estritamente administrativa, como ocorre, por exemplo, com os atos judiciais praticados em procedimento destinado a viabilizar a decretação da perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças, por razão de indignidade (como se registra na espécie dos autos) ou de incompatibilidade de seu comportamento com o exercício da função militar ou com o desempenho da atividade policial-militar (RTJ 94/1188 – RTJ 102/440 – RTJ 127/669) (...).” (STF, EDv-QO no RE 318.469-5/DF, Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 11/10/2002, p. 22) (grifos no original)

Observa-se pelo conteúdo da ementa do julgado e também pela proclamação do seu resultado, que o Pleno do STF, resolvendo a questão de ordem suscitada pelo Ministro Celso de Mello, por unanimidade, resolveu não admitir os aludidos Embargos de Divergência. Não restou, todavia, totalmente claro se os demais Ministros acompanharam integralmente o voto do Relator especificamente na parte em que prosseguiu analisando o mérito do dissenso suscitado, haja vista nada ter constado a esse respeito na ementa do julgado. Frise-se, outrossim, que dos 10 ministros que participaram do aludido julgamento continuam integrando o STF apenas 2, quais sejam, o E. Ministro Celso de Mello e o E. Ministro Gilmar Mendes.

Tais circunstâncias deixam entrever que a posição do Plenário do STF sobre a natureza da decisão do Pleno do TJMS/DF em sede de CJ pode, atualmente, ser outra.

Ao se debruçarem sobre as funções do Estado, os eminentes professores Antonio Carlos de Araújo Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco, tratando da jurisdição, função precípua do Poder Judiciário, conceituam-na nos seguintes termos:

“Da jurisdição (...) podemos dizer que é 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. Essa pacificação é feita mediante a atuação da vontade do direito objetivo que rege o caso apresentado em concreto para ser

solucionado; e o Estado desempenha essa função sempre mediante processo, seja expressando imperativamente o preceito (através de uma sentença de mérito), seja realizando no mundo das coisas o que o preceito estabelece (através da execução forçada).” (2009, p. 147)

Continuando, ao apontarem como outras características da **jurisdição a lide**, a **inércia** e a **definitividade**, os insignes processualistas destacam que:

“Do que ficou dito, resulta que a função jurisdicional exerce-se em grande número de casos (Carnelutti afirmava que sempre) com referência a uma lide que a parte interessada deduz ao Estado, pedindo um provimento a respeito. A existência da lide é uma característica constante na atividade jurisdicional, quando se trata de pretensões insatisfeitas que poderiam ter sido satisfeitas pelo obrigado. Afinal, é a existência do conflito de interesses que leva o interessado a dirigir-se ao juiz e a pedir-lhe uma solução; e é precisamente a contraposição dos interesses em conflito que exige a substituição dos sujeitos em conflito pelo Estado.

(...)

Outra característica da jurisdição decorre do fato de que os órgãos jurisdicionais são, por sua própria índole, inertes (nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio). 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.

(...)

Outra característica dos atos jurisdicionais é que só eles são suscetíveis de se tornar imutáveis, não podendo ser revistos ou modificados. (...) Coisa julgada é a imutabilidade dos efeitos de uma sentença, em virtude da qual nem as partes podem repropor a mesma demanda em juízo ou comportar-se de modo diferente daquele preceituado, nem os juízes podem voltar a decidir a respeito, nem o próprio legislador pode emitir preceitos que contrariem, para as partes, o que já ficou definitivamente julgado (...). No Estado de Direito só os atos jurisdicionais podem chegar a esse ponto de imutabilidade, não sucedendo o mesmo com os administrativos ou legislativos. Em outras palavras, o conflito interindividual só se considera solucionado para sempre, sem que se possa voltar a discuti-lo, depois que tiver sido apreciado pelos órgãos jurisdicionais: a última palavra cabe ao Poder Judiciário.” (2009, p. 150-152)

Ao buscarem critérios para a sutil diferenciação entre jurisdição e administração, doutrinadores de escol não encontraram uniformidade. José Afonso da Silva, ao examinar o tema, verificou que:

“Mais difícil é estremar a jurisdição da administração. Os processualistas preocupam-se com o assunto. Chiovenda, por exemplo, concebe a jurisdição como uma atividade secundária, ou coordenada, no sentido de que ela substitui a vontade ou a inteligência de alguém, cuja atividade seria primária, enquanto o administrador exerce atividade primária, ou originária, no sentido de que a desenvolve no seu próprio interesse. O juiz julga a respeito de outrem e em razão da vontade da lei concernente a outrem. A administração decide a respeito da própria atividade. Outros, como Cristofolini e Luiz Eulálio de Bueno Vidigal, chegam à conclusão de que não há, realmente, distinção entre jurisdição e administração. (...) Diz que a distinção entre ambas não repousa tanto sobre uma base lógica quanto sobre uma base histórica e política, e conclui que a administração é atividade do Estado dirigida à consecução de suas funções mediante a substituição daquele interesse que o Estado considera seu, ao passo que a jurisdição é a atividade do Estado orientada para o fim da assegurar a substituição do interesse coletivo, a composição das lides mediante o estabelecimento de ordens concretas dirigidas aos titulares dos interesses em luta, o que, no fundo, é o mesmo que disse Chiovenda.

Essas idéias são úteis para o constitucionalista, que, no entanto, se satisfaz com o critério orgânico, considerando como de jurisdição aquilo que o legislador constituinte incluiu na competência dos órgãos judiciais e como administração o que conferiu aos órgãos do Executivo, que, em verdade, não se limita à execução da lei, consoante já vimos. Segundo esse critério, ato jurisdicional é o que emana dos órgãos jurisdicionais no exercício de sua competência constitucional respeitante à solução de conflitos de interesses.” (2008, p. 555)

Odete Medauar, ao buscar traços distintivos entre a função administrativa e a função jurisdicional, pondera que:

“Comparada à função jurisdicional, salientam-se algumas notas diferenciadoras. Assim, em primeiro lugar, a função administrativa não visa precipuamente à atuação da lei, embora, como já se observou, deva nortear-se pelo princípio da legalidade. Em segundo lugar, inexistente na função administrativa o caráter de substitutividade em relação a dois sujeitos em disputa: havendo situação de controvérsia em seu âmbito, a própria Administração toma a decisão que vai solucioná-la. Quanto aos efeitos de seus atos, falta-lhes a imutabilidade decorrente da coisa julgada; de regra, podem ser revistos por outros atos administrativos ou por atos jurisdicionais.” (2008a, p. 57-58)

Arruda Alvim, ao distinguir a atividade jurisdicional da administrativa, salienta que:

“Podemos, assim, afirmar que a função jurisdicional é aquela realizada pelo Poder Judiciário, tendo em vista aplicar a lei a uma hipótese controvertida mediante processo regular, produzindo, afinal, coisa julgada, com o que substitui, definitivamente, a atividade e vontade das partes. Evidentemente tem-se que distinguir a atividade jurisdicional da administrativa e da legislativa. As duas últimas, especialmente a administrativa, consistem em atuação em conformidade com a lei, mas são nitidamente diversas da atividade jurisdicional, pois esta é atividade secundária ou substitutiva, ao passo que a administrativa é primária.” (apud Celso Ribeiro Bastos. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 315-316, apud ROTH, 2006, p. 474)

A PMESP, assim como os órgãos estatais em geral, tem o direito (pretensão) de depurar seus quadros, excluindo, mediante o devido processo legal, aqueles oficiais que não mais podem ou não mais merecem permanecer na Corporação. Os oficiais justificantes (submetidos a CJ), por seu turno, têm o direito (pretensão) de, perante o TJMSP, demonstrarem que continuam dignos e compatíveis com o oficialato.

A PMESP não pode promover tal saneamento moral administrativamente, pois os oficiais justificantes têm, como visto, o direito constitucionalmente previsto de só perderem o posto e a patente mediante decisão do TJMSP.

O Estado, por meio da Justiça Militar Estadual, é chamado para, imparcialmente, ao julgar o CJ, verificar se o oficial justificante tornou-se ou não indigno e/ou incompatível para com o oficialato, pacificando o conflito de interesses existente entre ele oficial e a PMESP. Em outras palavras, o TJMSP (Estado) é chamado a substituir as partes em conflito (PMESP x oficial justificante), cumprindo a ele (e não a alguma das partes) dizer definitivamente com quem está a razão, realizando, isto é, fazendo cumprir as normas de direito substancial e propiciando o alcance dos preciosos resultados práticos que preconiza.

Os órgãos do Judiciário têm por função compor conflitos de interesses em cada caso concreto. Isso é que se chama função jurisdicional ou simplesmente jurisdição, que se realiza por meio de um processo judicial, dito, por isso mesmo, sistema de composição de conflitos de interesses ou sistema de composição de lides.

Pretendesse o legislador constituinte que a declaração de indignidade e/ou incompatibilidade do oficial, com conseqüente decretação da perda de seu posto e patente, fosse feita por meio de processo e decisão administrativos, não teria retirado tal competência da respectiva Corporação e a atribuído ao tribunal militar.

Evidente que o TJMSP não pode, de ofício, dar início a um Conselho de Justificação. O exercício da jurisdição militar só é exercido porque provocado, *in casu*, pela PMESP. Após a conclusão da fase administrativa e a remessa, pelo Secretário de Segurança Pública, do CJ para o TJMSP, o processo, agora judicial, anda por impulso oficial.

O julgamento do Pleno do TJMSP, por meio do qual o órgão dá razão a uma das partes e nega-a à outra, constitui decisão definitiva de mérito.

O mérito de um processo é o objeto processual colocado diante dos magistrados para que se pronunciem acerca das questões trazidas pelas partes a juízo. No processo de CJ, em suma, a questão diz respeito a se o oficial se tornou ou não indigno e/ou incompatível para com o oficialato e, por isso, terá ou não decretada a perda de seu posto e de sua patente. A decisão do mérito do CJ depende de um pronunciamento jurisdicional dos magistrados que compõem o Pleno do TJMSP.

Decorrido o prazo para eventuais recursos, o acórdão do Pleno transita em julgado, não podendo ser mudado (tampouco desobedecido) por qualquer autoridade, nem mesmo pelo Governador do Estado, a quem compete dar cumprimento a tal decisão judicial exclusória do oficial da PMESP. Da mesma forma, por outro lado, a autora (PMESP) não poderá, depois do trânsito em julgado da decisão, renovar (de forma legítima) o mesmo CJ contra o mesmo oficial. Esbarrará sempre no óbice da coisa julgada, que reconheceu não ter o oficial se tornado indigno e/ou incompatível para com o oficialato.

Portanto, essa decisão do Pleno do TJMSP em sede de CJ não só é proferida no âmbito do Poder Judiciário, no desempenho de sua função típica, estritamente jurisdicional, como também resolve, em única instância, situação de acentuada litigiosidade, que envolve questão formal e materialmente judicial, com evidente carga de definitividade.

A decisão de mérito do Pleno do TJMSP ajusta-se, pois, sob todos os ângulos e critérios, à noção de ato jurisdicional, não havendo como não se subsumir também ao conceito constitucional de *causa* (arts. 102, III, e 105, III, ambos da CF).

4.2 Para uma melhor demarcação entre o fim da fase administrativa e o início da fase judicial do Conselho de Justificação

Nos termos dos arts. 13, V, e 14, ambos da Lei 5.836/72, c.c. art. 3º, § 1º, da Lei Estadual 186/73, o Secretário da Segurança Pública, ao receber os autos do CJ da PMESP e verificar que as acusações imputadas ao justificante são procedentes, deve remeter o CJ ao descortino do TJMSP para este, por meio de seu órgão plenário, decidir sobre a perda do posto e da patente do justificante.

Dessa forma, como já salientado, o processo de CJ que chega ao TJMSP tem a sua fase administrativa concluída com a decisão do Secretário de Segurança Pública, tendo início, a partir daí, a fase judicial, que culmina com a decisão jurisdicional do Pleno do TJMSP.

Este início da fase judicial do CJ com a remessa dos autos pelo Secretário de Segurança Pública diretamente para o TJMSP, não sem motivo, causa certa perplexidade.

Em toda ação, seja cível, seja criminal, é regra a formação de uma relação angular entre autor – juiz – réu (*actum trium personarum*).

Nos Conselhos de Justificação, a autoria, como se observa, não está bem definida. Não há sequer uma petição inicial. Sobre a atípica autoria nos processos de CJ, Paulo Lopes de Ornellas anota:

“(...) Inobstante o representante da Administração Pública não ter sido chamado ao litígio, não se pode dizer que não se estabeleceu o contencioso judicial, pois a Administração Pública continua a ser representada no processo judicial por decisão do seu agente, no caso a autoridade convocante, que lançou a pretensão de punição e remeteu os autos para decisão judicial.” (2011, p. 87)

O TJMSP, como já mencionado, não inicia um CJ de ofício (*nemo iudex sine actore, ne procedat iudex ex officio*). Ao receber os autos remetidos pelo Secretário de Segurança Pública, o TJMSP não substitui processualmente (legitimação extraordinária) a PMESP em sua pretensão de excluir de seus quadros o oficial justificante.

Em razão da ausência de um autor definido e em vista de sua competência constitucional para decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais militares do Estado de São Paulo, limita-se o TJMSP a dar curso regular no processo de CJ por impulso oficial, sem descuidar de qualquer de seus princípios e postulados norteadores, sobremaneira ao da imparcialidade.

Todavia, até para uma melhor demarcação entre o fim da fase administrativa e o início da fase judicial, o processo de CJ poderia ter um autor melhor definido, a quem competiria não apenas a apresentação de uma inicial, como também promover a citação do justificante, a instrução do feito, a eventual sustentação oral durante o julgamento, a oposição de eventuais recursos, etc.

Ainda que a pretensão da PMESP venha claramente externada nos autos do CJ no sentido de ver o oficial justificante excluído dos seus quadros, e ainda que em algumas causas a legitimidade *ad processum* (um dos pressupostos de validade do processo) possa ser dispensada (por exemplo, nos juizados especiais cíveis nas causas de valor não superior a vinte salários mínimos, na justiça do trabalho o empregado pode reclamar pessoalmente, para a impetração de HC, etc), seria melhor e mais técnico que aludida pretensão fosse deduzida por órgão ou instituição com capacidade postulatória, isto é, com aptidão para procurar em juízo.

A partir de uma interpretação sistemática dos arts. 125, § 4º, 127, *caput*, 129, e 142, § 3º, VI e VII, todos da CF, em conjunto com o quanto previsto no art. 116, II, da Lei Complementar 75/93, creio que o Ministério Público Estadual, independente de alteração na Lei 5.8369/72, possui legitimidade autônoma para a condução não só da RDI (casos de promoção da declaração de indignidade/incompatibilidade para com o oficialato e conseqüente perda do posto de da patente que decorrem de condenação criminal transitada em julgado), como também do processo de CJ, haja vista o evidente interesse público existente na espécie.

Nesse sentido, Jorge Cesar de Assis, salientando que independente de qualquer alteração legal, já existe um legitimado para propor o CJ perante o respectivo Tribunal, defende que:

“Ora, já existe um legitimado legal (LC 75/93, art. 116, II) para a representação pela perda do posto e da patente que é o Ministério Público Militar. Desta forma, entendemos que os autos do Conselho de Justificação, após darem entrada no Tribunal, podem seguir direto para o Ministério Público, em que o ente ministerial ali atuante fará o exame de admissibilidade da eventual representação, como sói acontecer nos casos de condenação criminal a penas superiores a dois anos. Tanto os autos do Conselho de Justificação (ou processo administrativo similar) quanto as peças de informação que visam a perda do posto e da patente dos oficiais seguem, então, ao Ministério Público Militar, que já possui legitimidade para tanto.

Nesse sentido é de se registrar o Enunciado nº 06, do 1º Encontro Institucional em busca da Unidade, realizado entre o Ministério Público da União e o Ministério Público do Rio de Janeiro [realizado em 27/8/2010, no Rio de Janeiro/RJ]:

‘Findo o Conselho de Justificação, que concluir por perda de posto das Forças Armadas, ou Conselho de Disciplina e Justificação, que concluir por perda de graduação ou posto nas Polícias Militares e Bombeiros Militares, a perda de posto deve ser efetivada por meio de ação inominada, nos termos do que dispõem os arts. 142, § 3º, inc. VI e 125, § 4º da Constituição Federal.’

Por sua vez, os membros do Ministério Público Militar reunidos durante o 7º Encontro do Colégio de Procuradores da Justiça Militar [realizado em Brasília/DF, entre os dias 10 e 11/11/2011], aprovaram proposição para que o Conselho de Justificação no Superior Tribunal Militar deve ser provocado pelo Ministério Público Militar, na forma de Representação pela declaração de Indignidade e Incompatibilidade para o oficialato.” (2012, p. 294-295) (grifo no original)

Ao descrever o interesse público existente nas ações que podem definir o destino dos oficiais militares nas respectivas instituições militares, o Ilustre Membro do MPU em Santa Maria/RS, ressaltando que a condição de defensor da ordem jurídica é irrenunciável pelos membros do *Parquet*, assevera que:

“Há interesse público em relação ao destino dos oficiais militares (vitalícios e com garantias constitucionais), porque são os mesmos preparados ao longo de suas carreiras para exercer as funções de comando, chefia e direção, para a consecução das finalidades de cada instituição: as Forças Armadas, a Defesa da Pátria; as Polícias Militares e os Corpos de Bombeiros Militares, a preservação da ordem pública. Ou seja, os oficiais dirigem esta específica atividade em prol da sociedade brasileira.

Existe interesse público da sociedade em geral, destinatária que é de um direito preliminarmente assegurado constitucionalmente no Capítulo dos Direitos Sociais, em seu art. 6º, ‘são direitos sociais

a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição' (grifamos)". (ASSIS, 2004, passim)

Avançando na análise do tema, caso a inicial do CJ não fosse oportunamente ofertada pelo membro do *Parquet*, seja por discordar da decisão do Secretário de Segurança Pública, seja por inércia, poderia a Procuradoria Geral do Estado, concorrentemente, incumbir-se de tal função, atuando na defesa dos interesses da Administração Estadual, especificamente, *in casu*, os da PMESP.

Ressaltando a necessidade de não se deixar o processo judicialiforme oriundo do CJ sem um autor bem definido, Ronaldo João Roth sugere, com propriedade, que:

“A atuação do Ministério Público como autor do processo especial decorrente do trabalho do Conselho de Justificação não é uma liberalidade, mas um dever e uma formalidade essencial já prevista pela LC 75/93, em seu art. 116, II, que diz que compete ao Ministério Público Militar: ‘promover a declaração de indignidade ou de incompatibilidade para o oficialato.’

(...)

Nesta segunda hipótese, como é a Administração Militar que, num primeiro momento, processa o fato perante o Conselho de Justificação, a conclusão deste, se no sentido de levar o oficial a submeter-se ao processo de perda do posto e da patente perante o Poder Judiciário poderia, a meu ver, ter dois encaminhamentos: o feito iria à apreciação do Ministério Público, que se entendesse procedente o pedido da Administração Militar proporia a representação para a perda do posto e da patente (declaração de indignidade ou de incompatibilidade), caso contrário, devolveria os autos à Administração Militar propondo o arquivamento do feito. Nesta última hipótese, a Administração Militar, insistindo na submissão do oficial a um julgamento ético-disciplinar perante o Poder Judiciário, poderia dispor da Procuradoria do Estado, a qual tem representatividade jurídica para representar o Estado, condição esta exigida no art. 12, I, do CPC, sobre a perda do posto e da patente junto ao Poder Judiciário, figurando, neste último caso o Ministério Público com custos legis.

(...)

Existe o interesse do Ministério Público nas duas hipóteses mencionadas [RDI e CJ], incluindo os processos decorrentes do Conselho de Justificação, tendo em vista a matéria cuidar da perda da vitaliciedade do oficial da Instituição Militar, valor este que se inclui dentre aqueles valores de interesse público.

É de se reconhecer concorrentemente à atribuição do Ministério Público o interesse da Procuradoria do Estado (Advocacia Pública)

de promover, no caso concreto, em nome do Estado, a perda do posto e da patente do oficial da Instituição Militar.” (2006, p. 472, 474 e 482).

5. Conclusão

A vida profissional dos militares é construída com base na hierarquia e na disciplina. Isso se justifica na medida em que são a sociedade armada, ao contrário da sociedade civil. Eles são cidadãos, têm os seus direitos e garantias, mas existem especificidades que os diferenciam dos demais. Se por um lado possuem direitos e prerrogativas especiais – como serem julgados por uma Justiça Especializada –, por outro possuem obrigações especiais, como por exemplo, o sacrifício da própria vida no cumprimento da missão. É importante não tratar todos da mesma forma. Desiguais exigem tratamentos diferentes, na exata medida de suas desigualdades.

Se por um lado as praças da PMESP podem perder a graduação mediante processo administrativo (PAD ou CD) ou judicial (RPG), os oficiais, por sua vez, só perdem o posto e a patente mediante decisão judicial do TJMSP (RDI ou CJ), conforme determina o art. 125, § 4º, bem como o art. 142, § 3º, VI, c.c. o art. 42, § 1º, todos da Constituição Federal, e o art. 81, § 1º, e o art. 138, §4º, ambos da Constituição Paulista.

Essas espécies de processos, distintas entre si, possuem, como visto, natureza diversa, peculiaridades próprias e regramentos específicos. Em conjunto, permitem à PMESP uma depuração ético-moral mais eficiente de seus quadros e, por consequência, uma melhor prestação de serviço à sociedade.

No julgamento dos processos judiciais (RPG e RDI) e dos judicialiformes (CJ), apura-se se a conduta do representado ou justificante: **a)** afetou o pundonor militar e o decoro da classe; **b)** violou deveres que lhes são impostos e que decorrem de sua função policial militar; e **c)** colocou em descrédito a Corporação Bandeirante diante da sociedade a quem incumbe proteger. Em suma, o TJMSP apura a presença ou não de condições éticas e morais para que a praça mantenha a graduação e para que o oficial continue digno e compatível para com o oficialato e mantenha o posto e a patente.

Por meio da decisão em sede de RPG, RDI e CJ o Pleno do TJMSP não faz juízo hierárquico-disciplinar, uma vez que os magistrados que o compõem sequer têm ascensão funcional sobre as praças e oficiais da PMESP, os quais, ressalte-se, pertencem a outro Poder. Tal decisão, em verdade, é proferida no exercício da jurisdição militar – sua função precípua –, em procedimentos judiciais de natureza especial, inclusive por juízes que trazem consigo a experiência de décadas vividas com as peculiaridades da caserna, e que resolve, em única instância, de modo definitivo, o conflito de interesse entre a Corporação e o policial militar representado ou justificante.

Sem embargo do elevado senso de justiça que norteia os julgamentos emanados do Pleno do TJMSP em sede de RPG, RDI e CJ, é fundamental que as praças e os oficiais da PMESP tenham um instrumento processual para, se quiserem, poderem questionar o ato jurisdicional que decide tais causas em instância única,

o qual, como visto, pode lhes trazer impactos de ordem profissional, financeira, pessoal, entre outros.

A ação é uma consequência lógica da obrigação estatal de decidir os conflitos de interesse que lhe forem apresentados. A tal dever do Estado há o correspondente direito de exigir-lhe a prestação jurisdicional, por meio do processo. Já que a Constituição Federal e as leis específicas atribuem ao TJMS/SP a competência para decidir sobre perda da graduação das praças e sobre a perda do posto e da patente dos oficiais da PMESP, tem a Corporação Bandeirante o direito de provocar o exercício da jurisdição, isto é, de provocar o julgamento do pedido, a decisão da lide.

Ante a divergência quanto à natureza desses processos bastante peculiares ao ambiente da caserna e pouquíssimo manejados no meio jurídico em geral, sobretudo quanto à natureza do CJ, creio, não obstante todos os argumentos aqui expostos e a corrente defendida – contrária à que prevalece hoje na jurisprudência das Cortes Superiores –, que o tema merece um estudo mais aprofundado, inclusive à luz da teoria geral do processo e da teoria geral dos recursos, para, entre outros escopos, acentuar a diferença entre a fase inicial administrativa e a fase final judicial, cujo início poderia se dar de modo diferente.

Em se mantendo o atual entendimento das Cortes Superiores⁴⁸ quanto ao não cabimento de Recurso Extraordinário e Especial a partir da decisão de mérito do Pleno do TJMS/SP, poder-se-ia ventilar – embora não estritamente necessário, como visto –, por exemplo, uma alteração na Lei do CJ, de modo que o Secretário de Segurança Pública do Estado passasse a enviar o CJ não diretamente para o TJMS/SP, mas para a Procuradoria de Justiça (MP/SP) (defesa do interesse público) ou mesmo para a Procuradoria Geral do Estado (PGE/SP) (defesa dos interesses da Administração Militar) para ofertarem a ação. Hipótese essa em que o CJ, em sua fase administrativa, faria as vezes de um inquérito ou sindicância.

Seja por meio de alterações pontuais ou por meio de amplas mudanças, a necessidade do aprimoramento da legislação especializada voltada à Justiça Militar, adequando-a à dinâmica da realidade atual, resta evidente.

Enquanto referidas atualizações legislativas não ocorrerem, uma mudança na orientação jurisprudencial predominante no STF e no STJ, passando a admitir, desde que preenchidos os requisitos constitucionais e legais, tanto o Recurso Extraordinário quanto o Especial das decisões do Pleno do TJMS/SP em sede de RPG, RDI e CJ, contribuirá sobremaneira para evitar o esgarçamento de princípios constitucionais e legais, de regras de hermenêutica e do próprio sistema recursal, além de não desampararem os militares que, ao servirem à Pátria, garantindo e preservando os poderes constitucionais, a lei e a ordem pública, juram dar a própria vida em benefício do todo.

⁴⁸ Como resume Jorge Cesar de Assis sobre o entendimento do STF quanto à natureza do CJ: “*Data maxima venia*, a mais alta Corte do País vem mantendo entendimento equivocado sobre a natureza do Conselho de Justificação, ao que parece, por não ter, ainda, assimilado as peculiaridades deste processo militar especial.” (2004, p. 447)

Referências bibliográficas

- ABREU, Jorge Luiz Nogueira de. *Direito administrativo militar*. São Paulo: Método, 2010.
- ASSIS, Jorge César de. *Comentários ao Código Penal Militar* – comentários, doutrina, jurisprudência dos tribunais militares e tribunais superiores – 6ª ed. - Curitiba: Juruá, 2008a.
- _____. Considerações sobre o processo especial militar do Conselho de Justificação e os equívocos dos tribunais superiores quanto à sua natureza. *In Revista dos Tribunais*, v. 826, ago/2004, p. 446.
- _____. *Curso de direito disciplinar militar* - da simples transgressão ao processo administrativo. – 3ª ed. – Curitiba: Juruá, 2012.
- _____. *Direito militar* – aspectos penais, processuais penais e administrativos. - 2. ed. - Curitiba: Juruá, 2008b.
- CAPEZ, Fernando & ROTH, Ronaldo João. O Processo de Indignidade ou Incompatibilidade com o Oficialato e o Processo do Conselho de Justificação: Tratamento Isonômico e Recursal. *In Direito Militar* – doutrina e aplicações. Dirceô Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa, Ronaldo João Roth (coord.) – 1ª ed. - Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; & DINAMARCO, Cândido Rangel. *Teoria geral do processo*. – 25ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2009.
- COSTA, Alexandre Henriques da; NEVES, Cícero Robson Coimbra; et al. *Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo comentado* – 3ª ed. - São Paulo: Suprema Cultura, 2007.
- COSTA, José Armando da. *Controle judicial do ato disciplinar*. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Método, 2009.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. – 23ª ed. - São Paulo: Atlas, 2010.
- FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo penal constitucional*. – 6ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: RT, 2010.
- MEDAUAR, Odete. *A processualidade no direito administrativo*. – 2ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: RT, 2008a.
- _____. *Direito administrativo moderno*. – 12ª ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: RT, 2008b.
- MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional administrativo*. – 4ª ed. - São Paulo: Atlas, 2007.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Princípios constitucionais penais e processuais penais*. - São Paulo: RT, 2010.
- ORNELLAS, Paulo Lopes de. Vitaliciedade dos Oficiais Militares e o Conselho de Justificação. *In Direito Militar* – doutrina e aplicações. Dirceô Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa, Ronaldo João Roth (coord.) – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 77.

ROSA, Paulo Tadeu Rodrigues. *Direito administrativo militar*. – 3ª ed. rev., atual. e ampl. - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007a.

_____. *Processo administrativo disciplinar militar* – Forças militares estaduais e forças armadas – aspectos legais e constitucionais - Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007b.

ROTH, Ronaldo João. Os limites da perda de posto e da patente. *In Revista Direito Militar*, n. 31, Florianópolis, set/out 2001, p. 31.

_____. Primeiros comentários sobre a reforma constitucional da Justiça Militar Estadual e seus efeitos, e a reforma que depende agora dos operadores do direito. *In Revista dos Tribunais*, v. 853, nov/2006, p. 442.

SILVA, Jadir. Da legitimidade para a propositura do Processo de Justificação. *In Direito Militar* – doutrina e aplicações. Dirceô Torrecillas Ramos, Ilton Garcia da Costa, Ronaldo João Roth (coord.) – 1ª ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2011, p. 107.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. – 30ª ed. rev. e atual. - São Paulo: Malheiros, 2008.

Direito Penal Militar

O crime militar de entorpecente (artigo 290 do CPM) crime organizado e endurecimento da sanção

*Adalberto Denser de Sá Junior**

Inicialmente agradeço ao Egrégio Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo pela oportunidade de apresentar meu posicionamento em questão de atribuição da Justiça Castrense.

Pretendo discorrer, de forma breve e sucinta, sobre a necessidade de atualizar-se a repressão aos delitos envolvendo tóxicos no meio militar, notadamente nas Polícias Militares Estaduais.

Começo por observar um descompasso entre o Código Penal Militar que, em seu artigo 290, estipula pena de, *no máximo*, cinco anos de reclusão ao militar que praticar atos envolvendo drogas, enquanto a nova Lei de Tóxicos, aplicável aos civis, comina pena *mínima* de cinco anos, podendo esta chegar a quinze anos de reclusão, para aqueles que têm conduta ligada à circulação de narcóticos.

O que salta aos olhos é que um militar que negocie entorpecentes no meio castrense será punido com pena irrisória se comparada à sanção imposta a um traficante civil.

Isto não gera apenas um tratamento desigual entre paisanos e militares. A situação é pior se considerarmos que os atos relacionados ao tráfico de entorpecentes começam a ser mais atraentes para os militares, notadamente os das Polícias Estaduais, do que para os demais cidadãos.

De fato, se, por exemplo, um policial militar tiver em sua casa, para fins de entrega ao consumo de terceiros, cinquenta pedras de *crack*, ele será processado na Justiça Comum por incidir no artigo 33 da Lei de Tóxicos. A pena será de cinco a quinze anos de reclusão. Agora, se este mesmo policial militar levar as cinquenta pedras de crack para o quartel e escondê-las em seu armário funcional, a competência para processá-lo será da Justiça Castrense e, pelo disposto no Código Penal Militar, ele estará sujeito a uma pena de, no máximo, cinco anos de reclusão.

Consequentemente, é melhor para o policial militar, envolvido com o comércio de entorpecentes, guardar a droga, para futuro tráfico, dentro da caserna do que em sua própria residência.

Descrevo, agora, a título de exemplo, um caso que foi objeto de processo na Egrégia Quarta Auditoria Militar do Estado de São Paulo. Em determinada noite do ano de 2011 a Corregedoria da Polícia Militar, em fiscalização de rotina, abordou um soldado, dentro de um quartel, que tinha voltado há algum tempo, do serviço com viatura. Verificando que aludido policial se mostrava nervoso ao ser revistado no quartel, os membros da Corregedoria decidiram vistoriar também a viatura na qual ele efetuou o serviço motorizado. Tal veículo policial se encontrava estacionado dentro

* Promotor de Justiça Militar do Estado de São Paulo.

da repartição militar. Na busca efetuada no carro policial foi encontrada uma mochila do soldado, na qual foram descobertos diversos invólucros com entorpecentes, como cocaína e maconha, separados e embalados de forma típica para a entrega a terceiros. Na mesma mochila também foram localizados vários relógios e dinheiro. Salta aos olhos que referido militar usava a viatura para vender drogas e, além de cobrar em dinheiro, aceitava pagamentos por meio de entrega de relógios. Pois bem, como a droga foi encontrada dentro da viatura que estava nas dependências do quartel, foi aplicado o Código Penal Militar. Se o mesmo soldado traficasse com o seu carro particular e o entorpecente fosse encontrado em revista feita na garagem da casa dele, a competência seria da Justiça Comum, aplicando-se o artigo 33 da Lei de Tóxicos.

Como é mais atraente, em termos de pena, praticar atos ligados ao comércio e armazenamento de drogas dentro dos quartéis, não demorará muito para que o crime organizado comece a “seduzir” policiais militares para que atuem como “soldados do tráfico”, pois estes estarão sujeitos à pena mais leve do que os paisanos que traficam.

Talvez surja no leitor a indagação sobre a razão de a pena prevista no Código Penal Militar ser tão branda. Para se entender isto é preciso analisar as circunstâncias nas quais foi elaborado o Código Castrense.

Peço vênica para fazer uma minúscula consideração sobre alguns aspectos históricos dos entorpecentes.

Na antiguidade, as substâncias que podiam levar alguém a um estado alterado de consciência, a um “torpor”, eram usadas em rituais religiosos para promoverem o êxtase místico de sacerdotes e adivinhos. Assim, na Assíria, a maconha era consumida em rituais religiosos. Na Grécia, havia um templo onde a imagem da Deusa Afrodite segurava, em uma das mãos, uma papoula (flor de onde se extrai o ópio).

O haxixe, na religião hindu, é usado pelos Shaivas, devotos do Deus Shiva, que trazem tal planta para meditem. Na América do Sul, a cocaína era consumida pelos incas com finalidades espirituais.

Observo que estes consumos religiosos das substâncias narcóticas não levavam à dependência física ou psíquica, posto que a quantidade ingerida era muito pequena. Além disto, a existência de um prévio ritual antes da inalação do entorpecente condicionava o sacerdote a não sentir necessidade psíquica de ingeri-lo em circunstâncias profanas.

Apesar de todo o exposto acima, não há, na história do Brasil, registro de um amplo uso religioso de entorpecentes como a maconha e a cocaína.

Até meados do final do século XIX e início do século XX a maconha e a cocaína não eram consideradas drogas ilícitas na maior parte dos países ocidentais. A maconha era usada, por vezes, para o alívio do sofrimento dos escravos.

A cocaína era uma droga considerada “sofisticada”. Amplamente consumida nos cabarés parisienses durante a chamada *belle époque*, o pó se tornou moda também entre a mocidade brasileira que tinha estudado na Europa.

Em 1925 o jornalista *Silvio Floreal* escreveu a crônica “*Ronda da Meia-Noite*” onde diz o seguinte a respeito do consumo de cocaína na Cidade de São Paulo: “*A cocaína, esse olímpico veneno, como dizem os seus ardentes consumidores, de há muitos anos é usada na atmosfera penumbrosa, morna e languesciente das*

“garçonnières” por alguns indivíduos que se desgraçam em Paris, torrando a fortuna na aquisição desse e de outros vícios muito cultivados por lá”.

Freud, o pai da psicanálise, chegou a testar o uso da cocaína em seus pacientes. Abandonou tal prática ao ver os males que a dependência causava neles.

Também existiram, historicamente, casos nos quais o consumo de drogas teve finalidades bélicas. Foi este o caso do haxixe durante a Idade Média. No tempo das cruzadas, um grupo de combatentes islâmicos resolveu se dedicar à abordagem dos cristãos nas estradas do Oriente Médio, onde os matavam. Estes “pelejadores”, antes dos ataques, consumiam a droga denominada **haxixe** para obterem coragem. Da palavra **haxixe** veio a palavra **hashishiyyun** para designar tais “guerreiros” e, mais tarde, a palavra virou **assassino** (conforme o livro “Assassinos, A História da Seita Secreta no Islã Medieval”, de W.B. Bartlet, Editora Madras).

Na história militar, um dos casos mais conhecidos de deflagração de conflito armado por causa de drogas foi a chamada “Guerra do Ópio”, do século XIX, na qual a China e a Grã-Bretanha se enfrentaram por questão relativa ao comércio do entorpecente.

Na Colômbia, a guerrilha chamada FARC é um triste exemplo contemporâneo da utilização do comércio de drogas com a finalidade de financiar atos paramilitares.

Voltando ao Brasil, verifica-se que em nosso País o uso e a venda de drogas não estiveram, ao menos de forma expressiva, ligados a finalidades bélicas.

Na época em que o Código Penal Militar foi editado, final dos anos sessenta, uma das drogas mais usadas era a maconha, naquele tempo vista como uma forma de manifestação da contracultura que foi o “movimento hippie”. Havia também o consumo da cocaína, porém, como dissemos acima, em razão do alto custo financeiro, o comércio deste entorpecente ficava mais restrito às pessoas de alto poder econômico.

Quando os então, Ministros do Exército, da Marinha e da Aeronáutica redigiram o Código Penal Militar, eles o fizeram tendo como foco principal os militares federais, pois se temia, naquele contexto, que certos setores das Forças Armadas pudessem se afastar da legalidade e aderir aos movimentos de guerrilha e terrorismo dos comunistas que existiam em nosso País.

Como os grupos armados de esquerda, no Brasil, de uma forma geral, não usavam as drogas para fins de financiamento das guerrilhas ou de incentivo aos combates, o legislador não vislumbrou necessidade de impor uma sanção draconiana aos delitos envolvendo entorpecentes nos quartéis. Naquela época, o que se imaginava é que, quando muito, um militar poderia ter droga para consumo próprio e, eventualmente, na companhia de outros colegas de farda que também fossem viciados.

Jamais passou pela mente do legislador de 1969 que um dia policiais militares, nos Estados, teriam drogas para fins de tráfico. Também não se poderia prever que, depois de quarenta anos, o comércio de tóxicos se transformaria em uma das principais atividades do crime organizado no Brasil, chegando-se ao ponto de regiões em grandes metrópoles, como os morros do Rio de Janeiro, ficarem sob o julgo de traficantes.

Já o legislador “comum” percebeu, em meados da década seguinte, que o problema das drogas tomava proporções mais sérias, inclusive com a introdução do LSD no Brasil. Assim, em outubro de 1976 surge a Lei nº 6.368, aplicável aos civis, onde, no artigo 12, se previa pena de 3 (três) a 15 (quinze) anos de prisão para os atos ligados à circulação de drogas.

Em 2006, diante do aumento da gravidade envolvendo os atos relacionados à mercancia dos entorpecentes, foi editada a atual Lei de Tóxicos, ainda mais severa que a de 1976.

O artigo 290 do Código Penal Militar é defasado em relação à realidade contemporânea, onde as facções criminosas querem se apoderar do aparelho estatal, inclusive fazendo uso dos membros das Polícias Militares Estaduais.

Para que se tenha uma ideia da dimensão do tráfico de narcóticos, só em um morro da Cidade do Rio de Janeiro, conhecido como “Morro dos Macacos”, entre os bairros da Tijuca e Vila Isabel, são movimentados 4 (quatro) milhões de reais por mês (*conforme a obra “Assalto ao Poder”, edição de 2010, de autoria do jornalista Carlos Amorim*).

Se em 1969, ano da edição do Código Penal Militar, os ataques à soberania brasileira poderiam vir de outros países ou de guerrilheiros e terroristas de esquerda, hoje o verdadeiro perigo para a segurança nacional é a forma organizada que tomou o tráfico de drogas. Na obra já citada (*Assalto ao Poder*) na página 79, o autor descreve a situação de beligerância entre as Polícias Estaduais e as forças do tráfico: “*Trata-se de um confronto que já assumiu contornos de uma guerra civil. Já matamos mais jovens no Brasil, nos últimos 25 anos, do que em meio século de guerra civil na Colômbia. As facções criminosas, especialmente o Comando Vermelho (CV) e o Primeiro Comando da Capital (o PCC paulista), geram exemplos que vão se consolidando em todo o território brasileiro, com articulações internacionais e multinacionais. Já temos o Comando Vermelho Nordeste (CV-Nordeste) que cuida da plantação de maconha nos estados nordestinos. Já temos o PCC-Interior, mais conhecido como Conexão Caipira, que trata do tráfico de drogas no interior de São Paulo e Mato Grosso*”.

Se estivermos falando, na prática, de uma verdadeira “guerra”, é preciso lembrar que uma das táticas entre inimigos beligerantes é obter a colaboração dos membros da força militar adversária. Ora, salta aos olhos que as organizações criminosas de traficantes tentarão, a todo custo, aliciar militares, notadamente os policiais estaduais, para atuarem a serviço delas.

A meu ver, diante deste problema, há dois caminhos a serem seguidos: um deles é a alteração legislativa, adequando-se a sanção do artigo 290 do Código Penal Militar à realidade moderna e ao disposto na atual Lei de Tóxicos, aplicável aos demais cidadãos civis. No entanto, esta via depende do Congresso Nacional. Assim, enquanto se mantiver o texto normativo atual, a alternativa é os aplicadores do Direito, notadamente os Juizes Togados e os Juizes Militares (Oficiais das Polícias Militares), ao estipularem o *quantum* de pena a ser aplicado aos réus em processos envolvendo tóxicos, fixarem a reprimenda no grau máximo, cinco anos, ou próximo desta medida.

Talvez alguém levante a questão de que, em regra, os policiais militares que são processados criminalmente, na Justiça Castrense, são primários e de bons antecedentes, pois, se tivessem praticado outros delitos, já estariam excluídos das fileiras da Corporação. No meu entender é preciso afastar a chamada “ditadura da pena mínima” por meio da qual já se pressupõe que todo o réu primário e de bons antecedentes tem o direito público subjetivo a ser condenado no mínimo legal.

Verifico que até na Justiça Comum já há quem se insurja contra tal engessamento da quantidade de pena aplicável aos réus primários. Os Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, Ricardo Dip e Volney Corrêa Leite de Moraes Junior, na obra *Crime e Castigo – Reflexões Politicamente Incorretas*, 2ª edição, pág. 191, afirmam que *“O que se está a indicar é que, dentro dos marcos na normativa penal – a contar da sua textualidade, por primeiro -, pode o juiz encontrar suportes elásticos para atender a necessidades de política criminal. Por exemplo, dentro da moldura punitiva in abstracto, preferir as penas mais brandas em situações de relativa normalidade social, ao passo que as deva eleger mais vultosas em quadros de efração intensificada da segurança pública. Isto pode até mesmo ocorrer – e não raro acontece – de modo segmentário, por classes de delitos.”* (g.n.)

Portanto, entendo que os operadores do Direito Militar podem dar uma relevante contribuição à repressão dos delitos envolvendo tóxicos na caserna. Esta contribuição, até que se mude a lei penal militar, se dará através do endurecimento da quantidade de pena aplicável aos militares que desonram a farda com atos ligados ao narcotráfico.

O extravio de armas na polícia militar e seu enquadramento na legislação penal militar

*Denise Elizabeth Herrera**

Introdução

Recém-chegada à Promotoria de Justiça com atuação perante a Justiça Militar do Estado de São Paulo, deparei-me com um dado preocupante: segundo informado por meio de Ofício da Chefia de Gabinete do Comandante Geral da Polícia Militar, datado de 16 de janeiro de 2012 (Ofício nº Gab Cmt G-0031/200/12), somente no período compreendido entre 1º de junho de 2010 e 30 de junho de 2011, foram extraviadas 72 (setenta e duas) armas, roubadas 112 (cento e doze) e furtadas outras 75 (setenta e cinco), totalizando 259 (duzentos e cinquenta e nove) armas que, muito provavelmente, encontram-se, atualmente, nas mãos de indivíduos envolvidos com a criminalidade em geral.

O ofício em questão também informava que, do total das ocorrências acima mencionadas, 61 (sessenta e uma) se constituíram de furtos ou desaparecimentos no interior dos quartéis (furtos em gavetas, armários ou na reserva de armas), enquanto 191 (cento e noventa e uma) se deram quando os Policiais estavam de folga e 07 (sete) ocorrências foram registradas em Fóruns ou Delegacias de Polícia durante a tramitação do processo em que as armas se encontravam apreendidas.

Por outro lado, o exame dos inquéritos policiais militares, no dia-a-dia da Promotoria de Justiça, revelou que, em grande número de casos, os desaparecimentos se deram por conta de condutas negligentes ou imprudentes dos policiais militares que as tinham sob sua guarda, ao deixá-las em locais inadequados e sem a devida segurança.

Também não são desconhecidas as divulgações, pela imprensa brasileira, de que militares, por vezes, são tentados a desviar armamentos a que têm acesso, inclusive para vendê-los no mercado negro, municiando a criminalidade organizada, haja vista os significativos lucros que podem ser obtidos com o tráfico de armas de maior calibre, como o são aquelas desviadas da Polícia Militar.

Em seguida, solicitada pesquisa à Diretoria de Sistemas de Informação do Ministério Público do Estado de São Paulo, constatou-se que, desde o ano de 2010 até o final de fevereiro de 2012, houve o oferecimento de apenas DUAS DENÚNCIAS pelos crimes previstos nos artigos 265 e 266 do Código Penal Militar (Processo 62.367/11 – 3ª Auditoria da Justiça Militar – denúncia datada de 06/10/2011 e Processo 59.765/10 – 4ª Auditoria da Justiça Militar – denúncia datada de 15/08/2011). O restante dos feitos, em sua maioria, foi arquivado por conta do enquadramento da conduta do policial militar como peculato culposo, o que viabiliza a aplicação do benefício da extinção da punibilidade, em virtude da reparação do dano antes da sentença, como autorizado pelo artigo 303, parágrafo 4º, do Código Penal Militar.

* Promotora de Justiça Militar do Estado de São Paulo.

A despeito de punições no âmbito disciplinar, a verdade é que os dados acima transcritos apontam para a situação de total **impunidade, na esfera penal**, dos responsáveis por esses desaparecimentos, os quais têm causado imenso prejuízo ao patrimônio público e à Polícia Militar, além de viabilizarem que a criminalidade se veja municiada com armas de maior potencial ofensivo, desviadas ou subtraídas da Corporação.

Isto é gravíssimo, posto que o Estado, em razão de conduta atribuída a seus agentes, passa a contribuir, com tais extravios, para a criação e exposição a riscos ainda maiores da sociedade, que, pelo contrário, deveria ser protegida com o aparato de Segurança Pública.

Ademais, mostra-se inadmissível que, depois da demonstração da importância da Lei do Desarmamento (Lei nº 10.826, de 22 de dezembro de 2003) na redução de crimes contra a vida – onde a sociedade brasileira se mobilizou, se conscientizou e, mais do que isto, contribuiu para desarmar nossa população – o Poder Público acabe por ser uma fonte do armamento ilícito do crime.

A percepção desta situação tem chamado a atenção dos integrantes das Promotorias de Justiça Militar do Estado de São Paulo e daí vem a importância deste breve e pragmático estudo, que tem por objetivo sensibilizar os operadores do Direito Militar para o correto enquadramento penal a ser dado, em especial, às condutas culposas de policiais militares que extraviam ou fazem desaparecer armamento ou munição militar, inclusive para que arquivamentos, com base em tais fundamentos, não mais venham a ser acolhidos na instância de origem e nem confirmados em segundo grau de jurisdição.

Desenvolvimento

Passemos, agora, a analisar o crime de desaparecimento, consunção ou extravio, delito este que se classifica como propriamente militar, posto que previsto apenas no Código Penal Militar, e não na legislação penal comum, somente podendo ser praticado por militar.

O artigo 265, do Código Penal Militar, assim prevê:

“Fazer desaparecer, consumir ou extraviar combustível, armamento, munição, peças de equipamento de navio ou de aeronave ou de engenho de guerra motomecanizado.

Pena: Reclusão, até três anos, se o fato não constitui crime mais grave.”

O dispositivo em questão encontra-se dentro do capítulo do Código Penal Militar que trata do **dano** e, esse artigo em especial, tem por *objeto jurídico a proteção, de forma ampla, do material militar, resguardando-o de todos os casos de desaparecimento, consumo ou extravio*, como bem ensina Jorge Cesar de Assis, *in* Comentários ao Código Penal Militar – 6ª Edição – Revista e Atualizada – pág. 595.

Há inegável perigo no extravio de material militar, tanto mais quando se trate de armamento e munição militares, posto que, coloca em grande risco a

segurança e a paz pública, merecendo, a referida conduta, severa repressão por parte da Justiça Castrense.

Não é por outro motivo, sem dúvida, que a legislação penal militar pune o desaparecimento ou extravio de armamento **tanto a título de dolo como também de culpa**, esta última hipótese quando o artigo 265 é combinado com o artigo 266, ambos do Código Penal Militar.

Por óbvio, em havendo prova de que, **dolosamente**, o policial militar apropriou-se ou desviou o armamento ou a munição, ou ainda de que os subtraiu ou contribuiu para que fossem subtraídos, deverá ser processado e condenado pelo crime de **peculato doloso**, previsto no artigo 303, *caput* e § 2º, do Código Penal Militar.

Com efeito, o crime de extravio, na forma dolosa, se mostra subsidiário em relação ao peculato doloso, até porque existe previsão expressa de que a pena prevista para o delito do artigo 265 não se aplica **se o fato constituir crime mais grave**.

Esta previsão legal se mostra muito relevante, já que exclui a incidência do artigo 265 do Código Penal Militar, mesmo que o objeto do crime se trate de armamento ou munição, quando a conduta praticada pelo agente não seja de mero extravio ou desaparecimento, mas de **apoderamento, subtração ou desvio** de tais bens, **já que configuram condutas específicas do crime de peculato, muito mais graves do que aquelas contidas no tipo legal do artigo em estudo**.

Cumpre atentar, inclusive, para o fato de que o agente poderá agir com **dolo eventual**, quando, por exemplo, com sua conduta de aparente imprudência ou negligência, criar risco muito acima do aceitável e viabilizar a subtração ou o desvio do armamento ou munição que estavam sob sua guarda e responsabilidade. Esta seria a hipótese, exemplificativamente, de um policial militar que, de folga, deixasse seu armamento em cima da mesa de um bar enquanto se dirigisse ao banheiro, não mais o encontrando no seu retorno, ou daquele que o deixasse dentro do veículo, **em local visível**, enquanto vai à praia, possibilitando a sua subtração.

Condutas como as acima descritas autorizam que o agente seja processado pelo crime de peculato doloso, por ter agido com dolo eventual, **ao assumir o risco de produzir o resultado (desaparecimento ou extravio)**, não mais se cogitando de mera previsibilidade caracterizadora da culpa.

Outra situação, contudo, se verifica quando o crime é de extravio culposo.

Com efeito, **na modalidade culposa, a conduta prevista no artigo 265, combinada com o artigo 266, ambos do Código Penal Militar, deve prevalecer sobre o delito de peculato culposo, previsto no artigo 303, § 3º, do mesmo diploma legal**.

Ocorre que no crime de extravio, a conduta perpetrada pelo agente, justamente por ser culposa, não envolve a **intenção** de fazer desaparecer ou extraviar o bem, sendo, portanto, de teor semelhante àquela conduta que o tipo do peculato culposo objetiva punir. Ou seja, **em ambos os delitos, a objetividade jurídica é a punição do comportamento culposo – negligente, imprudente ou imperito – do policial militar que permitiu que o bem, que estava na sua posse ou detenção, fosse furtado ou desviado por outrem**, não se olvidando, de todo o modo, que no crime

de extravio, como já destacado previamente, *protege-se o patrimônio militar de todas as formas de desaparecimento, consumo ou extravio*, de modo que a proteção conferida pelo tipo em questão é mais ampla.

Contudo, **o crime de extravio culposo se mostra especial em relação ao peculato culposo**, uma vez que neste último se visa proteger o patrimônio em geral (público ou particular), **enquanto que no primeiro delito o objeto da proteção jurídica é, especificamente, o armamento ou munição militares**, entre outros.

Daí porque se torna indubitado que o crime de extravio culposo é especial e prevalece sobre o de peculato culposo nos casos em estudo, **justificando-se o enquadramento específico das condutas, que implicaram em desaparecimento de armamentos ou munições militares, em tal dispositivo legal**.

Ressalte-se, inclusive, que a culpa do policial militar é aferida de modo mais rigoroso do que no Direito Penal comum, dado que possui o **dever de cuidado objetivo em resguardar o armamento**, colocando-o a salvo de eventuais riscos, não sendo aceitável que, com sua conduta, **crie riscos desnecessários e vedados** para a segurança deste tipo especial de bem militar.

Outro não tem sido o posicionamento jurisprudencial dos Tribunais que operam com o Direito Penal Militar em nosso país, como revelam as ementas a seguir colacionadas:

“RECURSO DE APELAÇÃO – CRIME MILITAR – EXTRAVIO CULPOSO DE ARMAMENTO MILITAR (ART. 265 E 266, DO CPM). ABSOLVIÇÃO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CONDUTA IMPRUDENTE DO CONDENADO QUE, INOBSERVANDO O DEVER DE CUIDADO OBJETIVO EXIGIDO PARA O RESGUARDO DO ARMAMENTO, DEIXOU A ARMA DA CORPORAÇÃO EMBAIXO DO TAPETE DO CARRO ESTACIONADO EM VIA PÚBLICA, O QUE PROPICIOU QUE A ARMA FOSSE FURTADA. CRIAÇÃO DE RISCOS PROIBIDOS. PREVISIBILIDADE DO RESULTADO. FURTO DA ARMA, DECORRENTE DE NEGLIGÊNCIA, MORMENTE, EM SE TRATANDO DE POLICIAL MILITAR, ONDE SE APLICA A MÁXIMA DE QUE “A ARMA É A NAMORADA DO SOLDADO”. RECURSO PROVIDO. CONDENAÇÃO. FIXAÇÃO DA PENA. SUSPENSÃO DA REPRIMENDA. CRIME MILITAR 265 266 CPM.” (TJPR – 0580597-2 – Relator: Luiz Osório Moraes Panza; Data de Julgamento: 14/10/2010, 1ª Câmara Criminal; Data de Publicação: DJ 322) (grifos nossos).

“APELAÇÃO CRIME – EXTRAVIO CULPOSO DE ARMAMENTO E MUNIÇÃO – CRIME MILITAR – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – RÉU QUE ESQUECE A ARMA DE FOGO MUNICIADA SOBRE O VEÍCULO AUTOMOTOR QUE CONDUZIA, ACABANDO POR

PERDÊ-LA – QUEBRA DO DEVER OBJETIVO DE CUIDADO – PREVISIBILIDADE DO RESULTADO – NEGLIGÊNCIA CARACTERIZADA – APELO DESPROVIDO. CRIME MILITAR.” (TJPR – 0512977-7 – Relator: Luiz Osório Moraes Panza; Data do Julgamento: 04/12/2008, 1ª Câmara Criminal; Data do Julgamento: DJ: 7768).

Outro dado relevante a apontar é que o crime de extravio culposo, até mesmo por sua especialidade, **ao proteger material militar de relevância e interesse diferenciados**, revela-se mais grave do que o crime de peculato culposo.

Com efeito, enquanto o crime de **peculato culposo** (art. 303, § 3º, CPM) possui pena de três meses a um ano de detenção, o **extravio culposo** (art. 266 CPM) possui não apenas previsão de pena mais rigorosa, como também faz diferenciação e pune com maior rigor, se o militar for Oficial, *in verbis*:

“Artigo 266. Se o crime dos arts. 262, 263, 264 e 265 é culposo, a pena é de detenção de seis meses a dois anos; ou, se o agente é oficial, suspensão do exercício do posto de um a três anos, ou reform a(…)”

As implicações advindas de tal conclusão são muito relevantes, tanto que **não se admite a extensão do benefício da extinção da punibilidade, em casos de reparação do dano, ao crime de extravio culposo**, ao contrário do que ocorre com o peculato culposo.

Esta questão, inclusive, já foi muito bem analisada e decidida pelo E. *Tribunal de Justiça Militar de São Paulo*, no acórdão da Apelação Criminal nº 5.992/09 (nº único 0002731-21.2007.9.26.0040) - (Processo nº 49.390/07 – 4ª Auditoria).

Referido acórdão, que teve como relator o E. Juiz Cel PM *Orlando Geraldi*, confirmou a condenação proferida na instância de origem contra policial militar que, durante patrulhamento, teve extravaiada a arma da Corporação, ao utilizá-la no respectivo coldre, sem os cuidados essenciais para a preservação e segurança na sua guarda.

O caso mostrou-se emblemático, seja por vir ao encontro da tese ora defendida quanto ao enquadramento da conduta praticada no tipo do extravio culposo, seja porque a referida arma, posteriormente, foi apreendida na posse de indivíduo com envolvimento em organizações criminosas, denominadas Primeiro Comando da Capital – PCC e Comando Vermelho – CV.

Pois bem, no recurso de apelação em questão, entre outros argumentos, pugnou a Defesa pela aplicação do princípio da insignificância ou, subsidiariamente, pela extinção da punibilidade ou redução da pena em razão da reparação do dano (artigo 303, § 4º, do CPM), ou, ainda, pela redução da pena ou desclassificação para infração disciplinar por ser o criminoso primário e de pequeno valor a coisa (artigo 260 do CPM).

Contudo, todos esses argumentos foram cabalmente rechaçados no referido julgado, mostrando-se de interesse prático a sua citação:

DESAPARECIMENTO, CONSUNÇÃO OU EXTRAVIO CULPOSO (ART. 265, C.C. 266, CÓDIGO PENAL MILITAR).

CARACTERIZAÇÃO. *“Incorre em desaparecimento, consunção ou extravio culposo o policial militar que perde armamento e munição, por negligência, ao manter a presilha do coldre aberta e não usar o fiel, enquanto conduzia motocicleta em terreno irregular. Ao crime de desaparecimento culposo de armamento e munição é vedado aplicar o princípio da insignificância, ou os benefícios previstos nos arts. 303, § 4º e 260, ambos do Código Penal Militar.”*

Acórdão.

(...) “O princípio da insignificância não é aplicável, tanto pelo valor dos bens perdidos, que totalizavam R\$ 1.019,43 (mil e dezenove reais e quarenta e três centavos “ fl. 72), como pela própria natureza deles, por se tratar de armamento. Neste aspecto, verifica-se que a conduta do apelante o expôs a risco, pois estava sem a arma e poderia ter sido pego desprevenido, e também expôs a coletividade, já que a arma poderia ter sido encontrada por uma pessoa sem preparo no seu manuseio e, com isso, dar causa a uma fatalidade, ou até mesmo por criminosos.

No caso dos autos, as consequências do crime foram ainda mais graves, porque não houve apenas o risco, mas o concreto prejuízo à segurança pública. Acerca do tema, vale destacar o posicionamento da Procuradoria de Justiça:

“Poder-se-ia dizer que a arma extraviada representa perigo. Sucede que a arma foi apreendida com integrante do grupo chamado PCC, circunstância que denota que o extravio da arma foi além do simples perigo, a arma foi usada para a prática de crime.”

Subsidiariamente, o apelante requereu a aplicação do disposto no artigo 303, § 4º, do Código Penal Militar, que trata da extinção ou minoração da pena pela reparação do dano no caso de peculato culposo. Porém, o benefício configura exceção que alcança apenas a hipótese especificada na norma: o crime de peculato culposo, e que, como já denota a pena a ele cominada (detenção, de 3 meses a 1 ano), é menos grave do que o de desaparecimento culposo de armamento e munição (detenção, de 6 meses a 2 anos).

Tampouco é aplicável o art. 260 do Código Penal Militar; (...)

Trata-se de norma específica que se destina unicamente ao crime de dano e não alcança o crime praticado pelo apelante, e que possui como objeto material armamento e munição.” (TJMSP – Apelação Criminal nº 5.992/09 – 2ª Câ. - Rel. Designado Juiz Orlando Geraldi – Julgado de 27/06/2010) (g.n.).

Por fim, cumpre atentar para o fato de que o tipo do artigo 265, do CPM, não se refere exclusivamente a **armas de fogo**, mas emprega o termo **armamento**, de caráter mais amplo, de modo que a proteção legal deve ser estendida a outros tipos

de armas pertencentes ao patrimônio da Polícia Militar, que atualmente conta com armas de eletrochoque (TASER), além de cassetetes, armas brancas etc., sendo todas elas objeto da proteção especial prevista pelo artigo 265, c.c. o artigo 266, do Código Penal Militar.

Conclusão

Vê-se, pois, que o assunto ora tratado possui importância prática inegável, seja pela quantidade de armas que tem desaparecido da Corporação nos últimos anos - grande parte em razão de condutas atribuídas aos policiais militares que as tem mediante carga; seja pelas graves implicações deste fato para a Segurança Pública, não se podendo admitir que o Poder Público, por seus agentes, transforme-se em fonte do armamento ilícito do crime.

Excluídos os casos em que as condutas apuradas deverão ser enquadradas como peculato doloso (por dolo direto ou eventual), ou, subsidiariamente, como extravio doloso, verifica-se que a maior parte dos desaparecimentos é causada pela clara inobservância do dever de cuidado com o resguardo do armamento ou munição por parte do Policial Militar que os tem sob sua posse.

Nessas hipóteses, impõe-se o enquadramento da conduta no tipo previsto no artigo 265, c.c. o artigo 266, do Código Penal Militar, dada a especialidade deste crime em relação ao peculato culposo, posto se destinar especificamente à proteção de armamento e munição militares, além de ser mais grave que o primeiro. Isso implica em punição mais rigorosa para os responsáveis pelos desaparecimentos culposos, bem como afasta a possibilidade de extinção da punibilidade pela reparação do dano (artigo 303, § 4º, do CPM), ou de aplicação do princípio da insignificância ou de desclassificação para mera infração administrativa (artigo 260 do CPM).

E, frise-se, este correto enquadramento trará reflexos relevantes para a Polícia Militar, bem como no proceder cotidiano de seus integrantes, posto que, a despeito de sua sujeição à punição pela infração disciplinar e à reparação do dano na esfera administrativa, **também ficará o agente sujeito à condenação criminal aplicável à espécie**, chamando-o à responsabilidade e levando-o a adotar as necessárias cautelas para resguardar o armamento e a munição militares que tenha sob sua posse ou guarda, não mais expondo o material militar a riscos indevidos e proibidos pelo ordenamento jurídico pátrio.

O crime militar de abandono de posto sob a ótica constitucional

*Edfre Rudyard da Silva**

Ao longo dos anos o Direito Militar vem se destacando dentre os ramos do direito, seja no cenário internacional quando tratamos dos atos das forças armadas atuando fora de suas fronteiras, ou mesmo no cenário nacional quando questões de direito penal militar alcançam os centros universitários como disciplina presente nas grades curriculares ou extracurriculares, se não bastasse ser objeto constante de análise da doutrina e jurisprudência.

É de se ressaltar que tal análise jurisprudencial não ocorre apenas nos Tribunais Militares, mas por diversas vezes junto ao próprio Supremo Tribunal Federal, pois os direitos e deveres dos militares não poderiam estar à margem da Constituição Federal, visto que dela também têm origem.

No que tange aos crimes militares, não há dúvidas que o Decreto-lei nº 1.001 de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar) foi recepcionado pela Carta Cidadã, porém, no intuito de que seus dispositivos sejam analisados à luz da atual ordem constitucional, isso, em decorrência das parcas atualizações daquele diploma legal pelo legislador pátrio, não raras vezes, torna-se alvo de análise das Cortes Superiores.

Muitas das questões naqueles órgãos suscitadas, em especial no STF, não são em relação à possibilidade de aplicação do Código Penal Militar, mas sim, quanto à interpretação de seus dispositivos ante a visão constitucional do Direito Penal moderno.

É reconhecido pela própria Constituição Federal que os militares são funcionários públicos que possuem características próprias, tendo como pilares das instituições que servem (Exército, Marinha, Força Aérea, Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares) a *hierarquia* e a *disciplina* (arts. 42 e 142). No entanto, não são poucos os dispositivos que carecem de interpretação do operador do direito, causando imensa divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência.

A título de exemplo, podemos destacar recente discussão quanto o crime de homicídio doloso cometido por militar em serviço quando a vítima é civil, em que se pergunta: O militar em questão, que será julgado pelo Tribunal do Júri, violou o artigo 205 do Código Penal Militar, posto que preenche os requisitos do artigo 9º daquele *Codex*, ou responde pelo delito previsto no artigo 121 do Código Penal Comum?

Nesse ponto, o E. Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, pelo Pleno, e por unanimidade de votos, decidiu, na ADI 001/10 – Rel. Juiz Paulo Adib Casseb, que *o crime de homicídio doloso praticado contra civil, numa das hipóteses do artigo 9º do Código Penal Militar, continua sendo militar e não se desnaturaliza*

* Advogado militante na Justiça Militar do Estado de São Paulo, Especialista em Direito Penal pela Escola Superior de Advocacia – ESA-OAB/SP.

quando processado e julgado pelo Tribunal do Júri, nos termos da Lei nº 9.299/96 e da EC nº 45/04, “in verbis”:

TJMSP: “POLICIAL MILITAR – Conteúdo normativo da Resolução SSP 110, de 19.07.10 reconhecido – Observância da reserva de plenário nos termos do art. 97, da Constituição Federal – A Lei 9.299/96 e a EC nº 45/04 apenas deslocaram a competência para o Júri, para processar e julgar crimes militares dolosos contra a vida, com vítimas civis – Manutenção da natureza de crime militar (art. 9º, CPM) impõe a aplicação do § 4º, do art. 144, do CPM – Competência exclusiva da polícia judiciária militar para a condução da investigação – Inconstitucionalidade reconhecida da Resolução SSP 110, de 19.07.10 – Decisão unânime.” (TJMSP – Pleno – ADI 001/10 – Rel. Juiz Paulo Adib Casseb – J. 3.12.10).

Essa é apenas uma dentre várias questões suscitadas quando resolvemos nos debruçar perante o estudo do *direito da caserna*, o que mencionamos apenas com fito de demonstrar ao leitor o quão instigante pode ser o estudo do Direito Penal Militar.

Não obstante a importância do tema acima, outra relevante discussão, essa objeto do presente trabalho, surge quanto ao crime de *Abandono de Posto*, mais especificamente quanto à sua aplicabilidade e abrangência.

A grande celeuma trazida por este tipo penal militar consiste exatamente nas atividades que o caracterizam, ou seja, quais atividades realizadas pelo militar que, ao serem abandonadas, podem ensejar a aplicação da norma penal em comento.

O crime de abandono de posto está previsto no artigo 195 do Código Penal Militar e consiste na conduta do militar em “*Abandonar, sem ordem superior, o posto ou lugar de serviço que lhe tenha sido designado, ou o serviço que lhe cumpria, antes de terminá-lo*”.

Ensina-nos o eminente doutrinador RONALDO JOÃO ROTH que “*O delito de abandono de posto, nomen iuris que assim recebe o delito do artigo 195 do Código Penal Militar (...) é delito antigo no Direito Militar cuja tipificação já existia no direito romano e figurou nos Códigos Penais Militares anteriores, chegando até o atual, de 1969.*”¹

Para **Roth** “*o crime tipificado no artigo 195 do Código Penal Militar “(...) diz menos do que ele significa, pois além de posto ele abrange o lugar e o serviço que é deixado, largado, renunciado pelo militar, sem autorização superior e antes de seu término. (...) A objetividade jurídica protegida por esse delito é o serviço militar e o dever militar, sem discriminação, encampando assim todo o universo de atividades realizadas pelo militar e não somente aquelas que impliquem na*

¹ Ronaldo João Roth, “O delito militar de abandono de posto e as atividades que o caracterizam”, Revista DIREITO MILITAR, AMAJME, Ano XIV, nº 91, setembro/outubro de 2011, págs. 26/30.

vigilância, proteção ou defesa do aquartelamento. Estas, normalmente, estão relacionadas ao posto, fixo ou móvel, mas aquelas incluem o lugar designado para o serviço, seja ele qual for, dentro e fora dos quartéis, e o serviço militar, em geral. (...) O delito de abandono de posto fere a disciplina militar na medida em que o agente deixa de cumprir o seu dever militar determinado por superior hierárquico, e menoscaba a hierarquia militar pelo fato do agente substituir-se ao seu superior imediato para deixar o serviço. É assim o delito de abandono de posto um crime doloso, comissivo, propriamente militar, de mão própria, de mera conduta, instantâneo e de perigo abstrato, de forma que se caracteriza com a simples atividade de abandono do agente de sua atividade, sem que disso resulte qualquer resultado fenomênico.”

Seu entendimento é acompanhado por CÍCERO ROBSON COIMBRA e MARCELO STREIFINGER ao lecionarem que *“Nessa hipótese também se enquadram as atividades corriqueiras do dia-a-dia da caserna em que o militar esteja engajado, p. ex., no caso de um escrivão de registros de polícia judiciária militar, um militar que desenvolva suas tarefas no rancho da Unidade etc. Cumpre ressaltar que nos últimos exemplos – atividades quotidianas de caserna – há uma limitação espacial na Unidade, todavia, essa limitação não é crucial para o desempenho das atribuições inerentes à função desempenhada.”*²

De forma bastante interessante, complementam os citados doutrinadores que *“o abandono de posto se configura com o mero afastamento da atividade que era missão cumprir o militar”,* de forma que, como leciona CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES e MARCELLO STREIFINGER *“aquele que se afasta de seu posto, mantendo contato visual com o local, desde que esteja a uma distância hábil a reagir em qualquer eventualidade, não está em busca de ferir o dever e serviço militares, não havendo, portanto, o delito.”*

Assim, RONALDO ROTH brilhantemente arremata seu entendimento *“para o alcance do significado das atividades realizadas pelo militar de serviço, seja no posto ou no lugar, onde as desenvolva ou tenha que permanecer, até mesmo quando cumprindo corretivo, não deverá haver distinção, pois onde a lei não distinguiu, não cabe ao intérprete fazê-la”* (g.n.).

Entretanto, ante as atuais tendências do Direito Penal (gênero), no qual se inclui o especialíssimo Direito Penal Militar, nos surgem algumas questões relevantes quanto aos limites do intérprete da norma penal militar e a Constituição Federal.

Com fulcro na Carta Magna, que adotou o Estado Democrático de Direito, podemos extrair-lhe princípios que também incidem diretamente na esfera penal militar, sejam eles explícitos como o princípio da dignidade da pessoa humana e o da liberdade, bem como, aqueles implícitos, tais como o da taxatividade, da proporcionalidade e intervenção mínima.

² Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger, “Apontamentos de Direito Penal Militar”, Vol.2, Saraiva, São Paulo, 2008, pág. 308.

Será que tais entendimentos se convergem ao Direito Penal que preceitua nossa Constituição Federal e ao Estado Democrático de Direito? Com a máxima vênua, entendemos que não.

O magistério de CEZAR ROBERTO BITENCOURT diz que “*Qualquer lei, por mais clara que seja, deve sempre ser interpretada, para ser ajustada ao caso concreto. A simples afirmação de que a lei é clara já implica uma interpretação. O Decantado aforismo latino, in claris non fit interpretatio, não tem o significado que muitos procuram atribuir-lhe, da desnecessidade de interpretar as leis quando estas se apresentam claras e inequívocas. Na realidade, o verdadeiro sentido do referido aforismo latino é outro: procura evitar que se complique o que é simples. Assim, diante da clareza do texto legal, devem-se evitar outras formas de interpretação que não correspondam ao verdadeiro sentido da norma, cuja clareza e limpidez revelam-se de plano. Desde Savigny distinguem-se quatro aspectos de interpretação: gramática, lógico, histórico e sistemático.*”³

Em se tratando do crime de Abandono de Posto, crime militar próprio, dada toda estrutura e formação das instituições militares, desde os tempos mais remotos até a presente data, torna-se imperioso neste ensaio destacarmos a interpretação histórica, a qual é fundamental para trazermos a essência do crime militar próprio de abandono de posto.

A interpretação histórica torna-se ferramenta essencial para a análise da norma em comento, pois “*graças a ela podemos compreender as razões e os fundamentos de determinado instituto. O aspecto histórico é importante para entendermos o sentido e a razão de determinada política criminal, para compreendermos por que em determinado momento o legislador adotou determinada orientação legislativa etc.*”⁴

A interpretação histórica busca entender o sentido da norma através do estudo de suas origens e em que contexto histórico encontrava-se inserida quando criada. Podemos dizer que seria a busca do “espírito” da lei.

Assim, para estudarmos as origens do crime de abandono de posto faz-se necessário alguns comentários acerca da história das Justiças Militares em geral, sendo que apesar de não termos muitos estudos aprofundados sobre a história do Direito Militar e da própria Justiça Militar, segundo *Von Litz*, “*a história do direito penal militar data do aparecimento dos exércitos permanentes*”⁵

Nesse sentido, historiadores e doutrinadores entendem que a partir do momento em que o homem começou a buscar novas terras e organizar-se para conquistá-las ou para defendê-las através das armas, provavelmente, a Justiça Militar começou a dar seus primeiros passos.

³ Cezar Roberto Bitencourt, “Tratado de Direito Penal – Parte Geral”, 13ª ed., Saraiva, São Paulo, 2008, p.146.

⁴ Cezar Roberto Bitencourt, “Tratado de Direito Penal – Parte Geral”, 13ª ed., Saraiva, São Paulo, 2008, p. 151.

⁵ , Edmundo Pereira Lins. “Conceituação do crime militar”, Revista dos Tribunais, São Paulo, v. 16, nº 63, p. 481, out. 1927.

Justiça essa que necessitava garantir através de um regime duro, disciplinador e com sanções imediatas, que **homens-soldados estivessem sempre a postos assim que a população local necessitasse.**

Destaca-se, ainda, que na Grécia antiga as punições eram aplicadas por anciãos escolhidos dentre guerreiros que compunham seus exércitos.

Interessante ressaltar que não havia diferenciação entre punição administrativa ou penal, sendo ambas de natureza jurídica, aplicadas nas organizações militares, especialmente aquelas localizadas em Atenas e Esparta. Nesse sentido, não havia nítida separação entre justiça militar ou justiça comum, pois, para os gregos todo cidadão era considerado soldado da pátria.

Por simples leitura deste breve histórico observa-se que as instituições militares, desde os mais remotos tempos, tinham como finalidade a defesa ou a conquista, necessitando que os militares subordinados a eles estivessem sempre *a postos* para a realização dessas atividades, o que era garantido pelo direito militar e justiça militar.

Até hoje as instituições militares têm como atividade fim a defesa da soberania, do território, segurança pública e de defesa civil, exatamente a mesma finalidade que tinham os primeiros exércitos permanentes, com a diferença de que hoje existe plena distinção entre as esferas, criminal militar e administrativo-disciplinar, o que é fundamental para a garantia e respeito aos princípios da hierarquia e disciplina.

Como bem observado por Ronaldo Roth em seu artigo⁶, o crime de abandono de posto tem sua origem desde a época dos exércitos romanos, o que ratifica que a própria interpretação histórica nos mostra que desde os mais remotos tempos a essência desse crime é resultado exato da violação da atividade fim das instituições militares especificamente voltadas para as atividades de defesa da soberania, instituições, segurança, vigilância e defesa civil.

Ademais, com base no histórico do crime de abandono de posto e sua finalidade específica de segurança das instituições militares, interpretá-lo como aplicável a qualquer atividade militar diversa daquelas que historicamente conhecemos como própria dos militares, estaríamos dando interpretação extensiva a norma penal, alcançando patamares completamente opostos ao Estado Democrático de Direito, à Constituição Federal e ao Direito Penal, incluindo-se o especial Direito Penal Militar.

A necessidade de interpretação do crime de abandono de posto aos institutos e princípios penais atuais não quer dizer o enfraquecimento do estatuto repressivo castrense, tão menos da Justiça Militar, mas sim, verdadeira adequação do mesmo à Constituição Federal.

Leciona o saudoso Professor ANTONIO CHAVES DE CAMARGO que “*A sociedade de risco atual implicou a adequação dos instrumentos de análise dos crimes aos princípios que orientam o Direito Penal, no Estado Social e Democrático*”

⁶ Ronaldo João Roth, “O delito militar de abandono de posto e as atividades que o caracterizam”, cit, págs. 26/30.

*de Direito e no Estado Democrático de Direito; ultima ratio, subsidiariedade, fragmentariedade, necessidade e proporcionalidade da pena, que decorrem do fundamento da dignidade humana.”*⁷.

À luz de tais princípios, não pode o Direito Penal Militar isolar-se, posto tratem-se de verdadeiros fundamentos constitucionais também norteadores do Direito e da Justiça castrense.

Assim, com a máxima vênia aos ilustres doutrinadores, ao adotarmos o entendimento anteriormente apresentado, estaríamos desfigurando o Direito Penal da atual ordem constitucional, ainda que especial o Direito Militar.

Sua legitimação está vinculada ao estrito respeito aos princípios consagrados formalmente na Constituição Federal (princípio da legalidade, da igualdade, da culpabilidade e da humanidade da pena), e ainda aos princípios não inseridos no texto constitucional (princípio da proporcionalidade e da intervenção mínima, etc.), mas que decorrem, implicitamente, do modelo jurídico adotado, ou seja, do Estado Democrático de Direito.

Ademais, normas restritivas de direitos *lato sensu*, como o são as normas penais, devem ser interpretadas restritivamente, ou seja, o significado das palavras transcritas não pode ir além do que efetivamente seu espírito quis nos dizer.

Cabe-nos, portanto, interpretar restritivamente seu conteúdo, lastreados na interpretação histórica da infração penal que nos traz o real sentido da tipificação do abandono de posto desde seus tempos remotos até a presente data, subordinando-a, ainda, aos princípios constitucionais.

Se não bastasse a interpretação histórica e sua adequação aos princípios constitucionais, JORGE CESAR DE ASSIS, em seu magistério e citando *Célio Lobão Ferreira*, (1975: 155) nos ensina que o Abandono de Posto “*trata-se de crime de perigo, contentando-se a norma penal com a probabilidade de dano ao estabelecimento ou aos serviços militares, decorrentes da ausência do militar do posto ou lugar de serviço que lhe foram designados*”.⁸

Por tratar-se de crime de perigo, esse se consuma com a simples criação do perigo para o bem jurídico protegido, sem produzir dano efetivo.

Ora, qual o risco é trazido pela conduta do militar que “abandona” a execução de serviços administrativos de natureza burocrática antes de seu término, ou sem a devida autorização de seu superior hierárquico? O carimbo não será batido em tempo, ou a louça do rancho não será lavada?

Verifica-se, assim, que por óbvio já estaríamos violando os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade ao entendermos que tais condutas tão singelas e cotidianas sejam submetidas ao regramento penal, mesmo quando cometida por militares.

⁷ Antonio Luis Chaves de Camargo – “Imputação objetiva e direito penal brasileiro”, Boletim IBCCRIM n° 107 - Outubro / 2001.

⁸ Jorge Cesar de Assis, Comentários ao Código Penal Militar, Comentários – Doutrina – Jurisprudência dos Tribunais Militares e Tribunais Superiores 6ª ed. Juruá, Curitiba, 2007. p. 399.

Verifica-se, pois, que para a atual ordem constitucional o abandono de tais atividades não traz o perigo necessário a legitimar a atuação do Direito Penal Castrense, contudo, nada impede a aplicação das sanções disciplinares previstas nos respectivos regulamentos disciplinares de cada uma das instituições militares.

Aliás, como nos esclarece ABELARDO JULIO DA ROCHA “*Todos os regulamentos disciplinares das Forças Armadas, sem exceção, preveem a conduta transgressional consistente em abandonar ou afastar-se o militar do posto ou local de serviço.*”⁹

Assim, não há que se falar em um enfraquecimento do Direito Penal Militar ou ainda da Justiça Militar, pelo contrário, trata-se de demonstrar que a mesma está em plena consonância com os princípios constitucionais, ao aplicar, o que deve ser regra geral, isto é, o Direito Penal Militar ou Comum, como *ultima ratio*, e não *prima ratio*.

Portanto, nos filiamos à corrente do Professor JORGE CESAR DE ASSIS, cujo magistério diz que “*a raiz do delito do art. 195 é, exatamente, a probabilidade de dano ao estabelecimento ou aos serviços militares, decorrentes da ausência voluntária daquele que abandonou o posto ou o local de serviço. Ora, pode-se afirmar que o posto ou lugar de serviço, ou o próprio serviço, caracterizadores do crime de abandono que leva a perigo, só pode ser aquele relativo ao serviço militar típico da missão das forças armadas e das polícias militares e corpos de bombeiros militares: segurança do aquartelamento, aeronave, hangar, depósito, pista ou instalações de campo de aviação, engenho de guerra motomecanizado, navio, estaleiro, ou qualquer outra instalação militar ou sob a administração militar; serviços de garantia e preservação de ordem pública, administrativa ou judiciária, quando legalmente requisitado para aquele fim; serviços de polícia ostensiva; serviços de socorro e operações de defesa civil etc.*”¹⁰ (g.n)

Portanto, o entendimento acima é perfeitamente adequado à ótica constitucional que visa garantir a dignidade humana, a liberdade, resultando daí diversos princípios do direito penal, perfeitamente aplicáveis ao Direito Penal Castrense.

Aliás, a comprovação de que nosso entendimento não viola os bens jurídicos preconizados pelo tipo penal, isto é, o *serviço* e o *dever militar*, situados no Capítulo III do Título III do Livro I do Código Penal Militar, é que recentemente o Egrégio Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, na Apelação nº 6.272/11, sob a relatoria do Juiz Cel PM *Fernando Pereira*, absolveu militar acusado de abandonar seu posto de trabalho, haja vista que a atividade então exercida pelo apelante era meramente administrativa e assim asseverou:

“*O apurado no presente feito se subsume perfeitamente a esse ensinamento, bem porque o apelante deixou o recinto onde cumpria expediente no setor*

⁹ Abelardo Julio da Rocha, Abandono de Posto: Crime OU Transgressão Disciplinar? In <http://jusmilitaris.com.br/index.php?s=documentos&c=6> - acesso em 15/04/2012.

¹⁰ Assis. Comentários ao Código Penal Militar. cit. p. 400

administrativo da sua Companhia para almoçar, não mais retornando para dar continuidade ao cumprimento do expediente diário.

Cabe aqui um parêntesis para salientar que como não são todas as Unidades da Polícia Militar que possuem cozinha e refeitório é comum nesses locais que o almoço dos policiais militares que cumprem o horário referente ao expediente administrativo seja realizado em algum estabelecimento comercial nas proximidades.

Não se vislumbra que a conduta do apelante ao não retornar à Companhia após sua saída para almoço, em razão do serviço administrativo que desempenhava, tenha colocado em situação de risco a Organização Policial Militar onde prestava serviços ou mesmo as atividades por ela desenvolvidas, configurando-se no caso a prática de uma transgressão disciplinar, mas não um ilícito penal militar.

Nessa conformidade, a decisão absolutória é a medida correta a ser imposta no que diz respeito aos fatos contidos no presente feito, diante das circunstâncias que cercaram todo o ocorrido, absolvição esta que deve ser reconhecida com fundamento na alínea “b” do artigo 439 do CPPM, por não constituir o fato infração penal.”

O v. Acórdão, relatado com brilhantismo pelo Exmo. Juiz Cel PM *Fernando Pereira*, no qual absolveu o militar do cometimento do crime de *abandono de posto*, **à unanimidade de votos**, demonstra claramente a necessidade da interpretação do crime de abandono não apenas em seu sentido literal, corroborando nosso entendimento de que não pode qualquer atividade realizada por miliciano ser caracterizada como delito dando ensejo à intervenção penal militar.

Tal entendimento adequa-se perfeitamente à interpretação histórica do crime, bem como, sem sombra de dúvidas, ajusta a norma penal aos ditames constitucionais da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e da liberdade (art. 5º) e aos seus princípios implícitos.

Em conclusão, concordamos que a repressão do crime de *abandono de posto* deve ocorrer não somente na esfera penal militar, mas também na esfera administrativa-disciplinar, respeitando-se a independência das instâncias.

No entanto, com base no acima exposto, ficou evidente que o crime de abandono de posto para ser caracterizado como tal deve sofrer profunda reflexão, não sendo qualquer atividade pura e simples capaz de caracterizar o delito, mas somente aquelas inerentes às atividades fim das instituições militares, quais sejam, de defesa da soberania, segurança, vigilância e defesa civil.

Com este entendimento não significa dizer que estaríamos dando ensejo ao enfraquecimento do Direito Penal Militar e tampouco da Justiça Militar, ou ainda faltando com a proteção dos bens jurídicos tutelados pelo tipo penal do artigo 195 do Código Penal Militar. Ao contrário, a hierarquia, a disciplina, o serviço e o dever militar estariam bem tutelados e respeitados, inclusive pela possibilidade de aplicação de punições disciplinares previstas nos respectivos regulamentos de todas as instituições militares, concomitantes ou isoladamente.

Por outro lado, ao fazer essa profunda reflexão quanto à conduta do miliciano, verificando se essa atingiu a ofensividade e lesividade afetas ao Direito Penal Militar, observando o princípio da intervenção mínima, o qual se caracteriza pela aplicação do Direito Penal como *ultima ratio*, estará a Justiça Militar se reafirmando como órgão do Poder Judiciário efetivamente distribuindo justiça e atuando dentro dos limites constitucionais como órgão jurisdicional competente para julgar os delitos cometidos por militares com a necessária prudência e consciente das consequências jurídicas e simbólicas do Direito Penal, tais como a perda da primariedade e o reconhecimento do militar como criminoso pela sociedade, dentre outros aspectos negativos advindos de uma condenação.

Diferenças entre os crimes militares de extorsão e concussão

*Edson Correa Batista**

Introdução

Em nosso trabalho diário como Promotor de Justiça Militar, atuando na Justiça Castrense Estadual Paulista, não raras vezes nos deparamos com a discussão acerca da tipificação *in concreto* das condutas envolvendo a *concussão* ou a *extorsão*, razão esta que me inspirou a fazer algumas breves anotações.

Talvez esse embate na Justiça Especializada ocorra diferentemente do que ocorre na Justiça Comum, pois na primeira haverá sempre a condição de *militar* para a caracterização desses dois crimes em epígrafe, ao passo que na segunda, a condição de militar ou de funcionário público nos remete à lição de que o crime de concussão é a extorsão praticada pelo funcionário público, ou no nosso caso, o militar.

Tal premissa, quer nos parecer, acaba trazendo um *aparente* conflito de normas que deverá ser dirimido através do princípio da especialidade.

Os delitos de *extorsão* e de *concussão* são previstos, de igual maneira, tanto no Código Penal Militar quanto no Código Penal Comum, dessa forma, então, são denominados doutrinariamente como crimes impropriamente militares, a teor do que dispõe o artigo 9º, inciso II, do Código Penal Militar.

Ressalte-se que em virtude dessa qualificação, esses dois delitos quando praticados por policiais militares (funcionários públicos) *nem sempre serão crimes militares*, mas somente quando ocorrer o binômio, subsunção do fato típico previsto na Parte Especial do *Codex* Penal Castrense (*tipificação específica*), a *uma* das circunstâncias do artigo 9º, inciso II, do Código Penal Militar (*tipificação complementar*).

Nessa esteira, *verbi gratia*, mesmo que o militar *esteja de folga e sem farda*, porém pratique a *exigência de vantagem indevida* contra uma vítima civil, valendo-se de sua condição de militar no exercício dessa função, o crime de concussão será militar e não comum, uma vez que na concussão o agente militar pode praticar o crime *ainda que fora da função, ou antes de assumi-la*, mas em razão dela. Nesse sentido, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. CONFLITO DE COMPETÊNCIA. POLICIAIS MILITARES SEM FARDA. EXIGÊNCIA DE VANTAGEM INDEVIDA EM RAZÃO DA FUNÇÃO. CRIME MILITAR. CONCUSSÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE.

* Promotor de Justiça Militar do Estado de São Paulo, Pós-graduado em Direito Público, Mestre em Direitos Coletivos e Difusos e Doutorando em Direito do Consumidor pela UNIMES.

1. O Policial Militar que, embora sem farda, se vale da sua condição castrense para exigir, em razão da função, vantagem indevida comete crime de concussão (art. 305 do CPM). Precedentes.

2. Por previsão expressa no art. 9º, II, c, do Código Penal Militar, à Justiça Militar compete processar e julgar os Policiais Militares denunciados pela prática desse delito.

3. Na espécie, os elementos da investigação demonstram, de forma inequívoca, que, embora em trajes civis, os acusados ostentavam a condição de Policiais Militares para exigir quantia indevida de prestadores de serviço de transporte coletivo.

4. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo Auditor da 4ª Auditoria da Justiça Militar de São Paulo/SP, o suscitante (STJ – Terceira Seção – Conflito de Competência nº 115356 – Rel. Min. Sebastião Reis Júnior – J. 26.10.11 – DJ 09.11.11);

Habeas Corpus. Policial Militar condenado por concussão e porte ilegal de arma de fogo. Competência da Justiça Militar. Policial Militar, no gozo de licença prêmio, arguiu sua condição castrense para exigir, em razão da função, vantagem indevida. Art. 9º, inc. “c”, do CPM. Parecer pela concessão do writ. Ordem concedida para, reconhecendo a incompetência da Justiça Comum, declarar a nulidade do processo ab initio.

1. Compete à Justiça Militar o processamento e julgamento de crime de concussão praticado por Policial Militar que, a despeito da licença prêmio que fruía, arguiu sua condição castrense para exigir, em razão da função, vantagem indevida (art. 9º, II, c, do CPM).

2. Ordem concedida, em conformidade com o parecer ministerial, para reconhecendo a incompetência da Justiça Comum, declarar a nulidade do processo ab initio.” (STJ – 5ª Turma – HC n. 146769/SP – Rel. Napoleão Nunes Maia Filho - J. 25.11.10 – DJ. 13.12.10).

A questão da configuração ou não do crime militar, dependerá das circunstâncias fáticas do uso da condição de militar no caso da concussão, distinguindo-o do crime comum da mesma espécie.

Por outro lado, na hipótese da concussão ou da extorsão, serem praticadas pelo militar, do serviço ativo, contra vítima também militar, em igual situação (da ativa), o crime necessariamente será militar, também por definição do Codex Penal Castrense (artigo 9º, inciso II, alínea “a”).

Tratando do conflito aparente de normas entre crime militar e crime comum, vale a lição de RONALDO JOÃO ROTH que assim se pronuncia:

“(…) O crime militar é tido como crime especial em face do crime comum, assim como o Direito Penal Militar o é em relação ao Direito Penal Comum. (…)

A distinção entre o crime militar e o crime comum ocorre sob vários aspectos, todavia, na prática essas diferenças, às vezes, se tornam esfumadas, como se verá, dificultando ao intérprete o trabalho precioso de separar aquelas espécies de crime. (...)

Assim, não basta existir o crime no CPM e ser praticado pelo militar. Mas tal crime será militar se houver o preenchimento de uma das circunstâncias das alíneas do art. 9º, II, daquele Codex. Daí se poder dizer que o crime do militar nem sempre é um crime militar, mas este pode ser um crime comum ou eleitoral, ou, nas palavras de Cretella Jr. “crime militar não se confunde, assim, com crime de militar.”¹

Portanto, a distinção entre os crimes militares de *extorsão* e de *concussão*, afora suas particularidades, implicará na definição do Órgão Julgador na Justiça Castrense *estadual* para conhecê-lo, caso a vítima seja *civil*, diante inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004, alterando a redação da norma constitucional do artigo 125, §5º, *in verbis*:

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

Nesse passo, a genuína jurisprudência do *Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo* estabelecendo que o crime de concussão, ainda que praticado contra civil, é crime de competência do Juízo Colegiado e não do Juízo Singular:

Prevalência da Administração como sujeito passivo dos ilícitos penais militares contra ela praticados, ainda que de forma concomitante, ou secundária, civis também figurem como sujeitos passivos desses crimes. A interpretação do artigo 125, § 5º, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 45, é de que os julgamentos dos denominados “Crimes contra a Administração Militar” devem continuar a ser realizados pelos Conselhos de Justiça” (TJMSP – 1ª Câmara - Apelação Criminal nº 5407/05 - Rel. Juiz Cel Fernando Pereira – unânime - J. 20.09.05); No mesmo sentido: Apelação Criminal nº 005437/05.

Habeas Corpus - Delitos - Lesão Corporal (Pacientes) - Concussão (Demais Réus) - Mesmo processo crime - Desmembramento da

¹ *Ronaldo João Roth*, “Crime militar versus crime comum: identificação e conflito aparente de normas”, in “Direito Militar – Doutrina e Aplicações”, Coordenada por Dirce Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Elsevier, Rio de Janeiro, 2011, págs. 503/520.

ação penal - Indeferimento - Princípio da economia processual - Independência da competência dos Juízos Monocrático e Colegiado - Amparo legal na Emenda Constitucional nº 45/04 que deu nova redação ao artigo 125 da Carta Magna - Denegada a ordem. (TJMSP – 2ª Câmara – Habeas Corpus nº 2008/08 – Rel. Juiz Paulo Prazak – unânime - J. 17.07.08).

É inegável a acentuada afinidade existente entre o crime de extorsão previsto no art. 243 do Código Penal Militar e o de concussão, capitulado no art. 305 do mesmo estatuto repressivo. Ambos traduzem a existência de uma vantagem indevida, por parte do agente.

O **crime de extorsão** tem suas raízes fincadas no Direito Romano, que diferenciava a subtração clandestina daquela realizada com arrebatamento (violência).

Historicamente, a extorsão estava vinculada aos atos dos magistrados ou outras pessoas investidas de função pública que, abusando de sua autoridade, exigiam indevidamente vantagens pecuniárias a pessoas sujeitas à sua jurisdição (*crimen repetundarum*). O ato, destarte, mais se assemelhava ao hodierno conceito de concussão do que ao da extorsão propriamente dita. No século II d.C. surge a figura da *concessio* e somente no Código Penal de 1810 é que a extorsão aparece como figura autônoma².

ANTONIO BENTO DE FARIA afirma que “*essa ameaça com o fim de extorquir é vulgarmente conhecida na prática criminal francesa pela denominação de chantagem*”³.

Na extorsão, o mal prometido é futuro e futura a vantagem a que se visa. Nela a vítima pode optar entre acatar a ordem ou oferecer resistência (REsp 90.097, DJU de 25-2-1998, p. 127).

O bem jurídico tutelado (objetividade jurídica) no crime de extorsão é o patrimônio. Em segundo plano, a integridade física, psíquica, a liberdade individual e a vida da pessoa.

O Mestre NELSON HUNGRIA esclarece que na extorsão ocorre a *traditio*. A vítima colabora ativamente com o autor do crime.

O verbo núcleo do tipo é *constranger*, que significa forçar, coagir mediante violência ou grave ameaça. Tal constrangimento visa que a vítima tenha determinado comportamento positivo, negativo ou de mera tolerância, sempre com o desiderato de se obter, para si ou para outrem, indevida vantagem econômica.

O **crime de concussão** também tem suas origens na Antiguidade Romana. O termo deriva do latim *concutere*, que designa o ato de balançar uma árvore a fim de fazer cair-lhe os frutos. O aumento dos casos de recebimento de dádivas como forma de recompensa pelo cumprimento dos deveres cívicos impostos a altos funcionários públicos fez nascer a tipificação criminal de tal conduta.

² André Estefam, *Direito Penal*: parte especial, v. 2, p. 384.

³ Antonio Bento de Faria, *Anotações theorico – práticas ao Código Penal do Brazil*: parte especial, v. 2, p. 545.

Na Idade Média, a *concessio* foi qualificada como sendo o recebimento de vantagens ilícitas antecedido de alguma exigência, agindo a vítima por temor de alguma represália.

O verbo núcleo do tipo é *exigir*; vale dizer, impor, determinar. Seja de modo direto (*a viso aperto* ou *facie ad faciem*) ou indireto (por terceira pessoa ou de modo velado).

Tratando-se de mera exigência, é prescindível a anunciação de qualquer mal grave e injusto, sendo suficiente o temor que o cargo inspira (*metus publicae potestatis*).

Desenvolvimento

Definidos os crimes sob comento, anoto que a qualidade de militar do agente está prevista em ambos os tipos. Contrariamente, no Código Penal comum, temos a concussão como crime próprio (apenas pode ser praticado por funcionário público), o que não ocorre no crime de extorsão.

A concussão, em verdade, é uma forma de extorsão qualificada, praticada pelo militar, com abuso de autoridade contra o particular, que cede ou virá ceder *metu publicae potestatis* (TJSP – AC – Rel. Djalma Lofrano – RT 472/309).

Na **concussão**, o agente exige a vantagem, mas não constrange a vítima com violência ou grave ameaça. O militar impõe a outrem a prestação da vantagem indevida e esta lhe cede às exigências, exclusivamente *metus auctoritatis causa*. Não constrangido por promessas de algum mau futuro. Já, na **extorsão**, o agente constrange alguém, mediante violência ou grave ameaça, a praticar, tolerar ou omitir ato, obtendo, por esse meio, também, uma indevida vantagem econômica.

Depreende-se que, sem violência ou grave ameaça não há extorsão. Qualquer violência pessoal contra a vítima descaracteriza a concussão, passando-se para o âmbito da extorsão. A vantagem indevida exigida no crime concussão escuda-se, tão somente, na função pública exercida pelo agente. Há um mero receio incutido no sujeito passivo. Basta o temor genérico que a autoridade inspira.

Na *concussão*, ilustrando um pouco mais, a vítima cede às exigências do militar por temer represálias decorrentes do exercício do cargo. A *extorsão*, que é crime mais gravemente apenado, exige o emprego de violência ou grave ameaça, requisito inexistente na concussão.

Importante observar que o crime de concussão encontra-se previsto no Título VII, do Código Penal Militar, que trata dos crimes contra a administração militar, enquanto a extorsão está tratada no Título V, do mesmo *Codex*, que cuida dos crimes contra o patrimônio.

A jurisprudência do E. *Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo*, na esteira do alhures anotado, bem tratou de examinar as distinções existentes entre os crimes em destaque. Assim:

APELAÇÃO CRIMINAL nº 5.296/04 – 1ª Câmara Criminal - Rel. Fernando Pereira – Votação Unânime – Julgamento 08/11/2005
EMENTA - Extorsão - Pretendida desclassificação para o crime de

concussão - Inadmissibilidade - Hipótese em que há constrangimento mediante grave ameaça - Insuficiência probatória - Inocorrência.

Trecho do Acórdão:

(...)

Por outro lado, a tese da Defesa sobre a desclassificação do delito, enquadrado no artigo 243 do CPM (extorsão), para aquele previsto no artigo 305 do mesmo Código (concussão), não subsiste em face da grave ameaça perpetrada pelos réus que, empunhando suas armas, imputavam às vítimas a acusação de estarem portando certa quantidade de maconha, o que motivaria o encaminhamento ao Distrito Policial, caso não entregassem o dinheiro que portavam.

APELACAO CRIMINAL nº 005432/05 (Feito nº 040676/05 - 4ª AUDITORIA) - Relator FERNANDO PEREIRA - 1ª Câmara Criminal - Votação Unânime - Julgamento 22/11/2005

EMENTA - Não subsiste a desclassificação do delito enquadrado no artigo 243 do CPM, para aquele previsto no artigo 305 do mesmo diploma legal, em face das graves ameaças perpetradas pelos policiais militares. O testemunho de policial militar não pode ser desprezado somente por sua condição de responsável pela segurança pública, mormente se faz referência a fatos que envolvem outro policial militar na prática de ato delituoso.

APELACAO CRIMINAL nº 005382/04 (Feito nº 039231/04 – 4ª AUDITORIA) - Relator LOURIVAL COSTA RAMOS - 2ª Câmara Criminal - Votação Unânime - Julgamento 17/03/2005

EMENTA - Plenamente caracterizado o crime de extorsão, pois a vítima foi abordada, constrangida e ameaçada de prisão, além de ter seu veículo incendiado e, até então, não mais encontrado. Não há que se falar em fragilidade probatória, pois, todas as provas que serviam de apoio à denúncia foram confirmadas em juízo e produzidas sob o crivo do contraditório.

Interessante anotar, no âmbito do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, os seguintes entendimentos jurisprudenciais:

Extorsão. Policiais civis detidos e demitidos após a denúncia de vítima de extorsão, consistente na exigência de dinheiro para que não fosse levado preso ou tivesse o estabelecimento comercial fechado – Sentença que os condenou pela prática do crime de concussão – recurso do Ministério Público provido, para reconhecer a existência não de concussão, mas de efetiva extorsão, cujo tipo objetivo está na conduta de constranger (coagir, obrigar) mediante violência (ficta, real) ou

grave ameaça (vis compulsiva, violência real) com a finalidade de obter vantagem indevida, para si ou para outrem – Deram provimento à apelação do Ministério Público, negando às da defesa.” Apelação Criminal n. 938.664.3/5-00 – Rel. Aloísio de Toledo César – 15 Câm do 7o Grupo Seção Criminal – J. 17.12.07 – DR 26.12.07).

“Inadmissível a desclassificação de crime de extorsão para o de concussão pelo simples fato de ter sido praticado por funcionário público, mormente se a vantagem foi obtida mediante constrangimento, exercido mediante grave ameaça” (RT 764/566).

“Configura extorsão e não concussão, o fato de os réus, dois deles militares e um civil, constrangerem as vítimas, sob mira de revólveres e sob ameaça de injusta prisão, a lhes entregar dinheiro” (RT 475/276).

“Extorsão. Delito que guarda afinidade com o de concussão. Configuração, contudo, na espécie do primeiro, por haver o acusado obtido vantagem patrimonial indevida, não em razão da função pública, mas pelo temor da ameaça e violência que impunha as vítimas” (RT 586/309). No mesmo sentido: RJTJESP 105/442.

“No delito de concussão, o sujeito ativo necessariamente funcionário público (eis que se trata de crime contra a Administração Pública, regulado no título XI do CP), exige da vítima, em razão da função pública, a vantagem indevida metus publicae potestatis, não premida por promessa de violência ou de algum mau futuro. Já na extorsão, ao contrário, o agente constrange alguém mediante violência ou grave ameaça a fazer, tolerar que se faça ou deixe de fazer alguma coisa, obtendo, também, por esse meio, indevida vantagem econômica (RT 627/311).

Conclusão

A distinção dos crimes de extorsão e concussão torna-se muito peculiar não somente em razão das questões fáticas que acabam gerando discussão no dia a dia, mas pelo fato da Constituição Federal distinguir o Órgão Julgador (monocrático ou colegiado) que irá conhecer da matéria, consoante a jurisprudência colacionada.

O **crime de concussão** vem previsto no art. 305 do Código Penal Militar, tendo como objetividade jurídica a tutela da Administração Militar.

Sujeito passivo, na concussão, é o Estado e, secundariamente, o particular, vítima da exigência.

A conduta típica vem expressa pelo verbo *exigir*, que significa impor como obrigação. O objeto material é a vantagem indevida, expressa em dinheiro ou qualquer outra utilidade, de ordem patrimonial ou não. A vantagem deve estar voltada para o próprio agente ou para terceiro e pode ser feita direta ou indiretamente (por interposta pessoa). A exigência, é importante gizar, deve ser feita em razão da função pública, ainda que fora dela ou antes de assumi-la.

O **crime de extorsão** está previsto no art. 243 do Código Penal Militar e tem como objetividade jurídica a tutela do patrimônio e a liberdade individual do indivíduo (crime complexo).

A conduta incriminada é *constranger*, que significa coagir, obrigar, forçar a vítima. Deve o constrangimento se dar com o emprego de violência ou grave ameaça. A vítima deve ser compelida a praticar, tolerar ou omitir ato lesivo ou de interesse do seu patrimônio.

Existe na extorsão um ato praticado pelo agente que constrange mediante violência ou grave ameaça a vítima com a finalidade última de obter, para si ou para outrem, vantagem indevida econômica, fazendo ou tolerando que se faça ou ainda deixando de fazer alguma coisa. A vítima, temendo as consequências do ato criminoso do agente (violência ou grave ameaça), se despoja.

Repisamos que na concussão, ao contrário, não há qualquer violência ou grave ameaça, apenas mera exigência, esta, porém, com espeque na função pública exercida pelo agente.

Referências bibliográficas

FRANCO, Alberto Silva et al. Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial. 5ª edição, São Paulo: RT, 1995.

ESTEFAM, André. Direito Penal – Parte Especial. Vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Vol. 4, São Paulo: Saraiva, 2011.

ASSIS, Jorge Cesar de. Comentários ao Código Penal Militar, 6ª edição, Curitiba: Juruá, 2009.

CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal – Parte Especial. Vol. 2, 12ª edição, São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Vol. 3, 9ª edição, São Paulo: Saraiva, 2011.

GONÇALVES, Victor Eduardo Rios. Direito Penal Esquemático – Parte Especial, São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, José Flavio B. Direito Penal – Parte Especial, São Paulo: Atlas, 2000.

ANDREUCCI, Ricardo Antonio. Manual de Direito Penal. 6ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010.

_____. Curso de Direito Penal – Parte Especial. Vol. II, São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.

ROTH, Ronaldo João. Direito Militar, Doutrina e Aplicações. 1ª edição, Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.

Revista de Jurisprudência Militar / Tribunal de Justiça Militar do Estado do Rio Grande do Sul – Vol. 1, nº 1, janeiro/junho 2007, Porto Alegre: Departamento de Artes Gráficas do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

As circunstâncias judiciais na aplicação da pena e do regime prisional

Ênio Luiz Rossetto*

1. Introdução

O presente artigo tem a finalidade de analisar a aplicação da pena e a fixação do regime prisional no Direito Penal Militar, vez que não obstante o rigor das sanções do Código Penal Militar, este diploma legal carece de atualização legislativa, pelas omissões que contém, quanto aos fins da pena. Com a aplicação da pena ocorre a sua individualização em concreto, que exige a fixação do regime prisional para o início do cumprimento de pena. Na realização desta tarefa, o juiz deve observar, além do requisito objetivo (quantidade de pena aplicada) e do subjetivo (reincidência), as circunstâncias judiciais, pois, determinam o regime inicial (art. 33, § 3º c. c art. 59, *caput*, do CP). Ocorre que o correlato do art. 59, *caput*, do CP, no Código Penal Militar é o art. 69, porém ambos são diferentes.

2. Breve análise das teorias justificadoras das penas

A legitimidade do poder estatal de punir traz à tona as teorias justificadoras dos fins da pena conhecidas por retributivas (absolutas), prevencionistas (relativas) e mistas (unificadoras).

2.1 Teorias retributivas (absolutas)

Fazem da pena um instrumento de expiação,¹ *punitur quia peccatum est* – punir porque pecou.² A noção de recuperação pelo castigo é expressa no brocado *nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur* (nenhum homem sensato castiga porque se pecou, mas para que não peque). Na doutrina retribucionista a pena “como retribuição do crime representa a imposição de um mal *justo* contra o mal *injusto* do crime, necessário para realizar justiça ou restabelecer o Direito”.³ Este mal imposto com a pena é a “restrição a um bem jurídico daquele que violou a norma”.⁴ Essa “linha de discurso justificador procura explicar a aplicação da pena como uma reação

* Juiz de Direito da 3ª Auditoria da Justiça, Militar de Estado de São Paulo, Mestre em Direito pela USP, Professor universitário.

¹ BRUNO, Aníbal, *Direito penal*. Rio de Janeiro, t. I, p. 93.

² BRUNO, Aníbal, *Direito ... cit.*, t. 1, v. 1, p. 93. A fórmula *punitur, quia peccatum est* (punido, porque pecou) é de Seneca, *De ira*, Livro I, 16, 21. São conhecidos dos penalistas os brocados *punitur et ne peccetur*: pune-se para que o castigado não mais peque, e o *punitur quia peccatum est*, pune-se porque se pecou, o que demonstra a influência da justiça divina.

³ SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito penal – parte geral*. 4. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2010, p. 421.

⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JÚNIOR, Alceu. *Teoria da pena*. São Paulo: São Paulo: RT, 2002, p. 130.

do mal produzido pelo crime”.⁵ O caráter meramente retributivo, aflitivo, pretende fazer o réu sentir o que significa violar a norma, todavia, Fernando A. N. Galvão da Rocha⁶ pondera que essa concepção possui, em si, outra finalidade, além de retribuir, a imposição da dor que estimula a reflexão. O fim exclusivo da pena é o de realizar a justiça: “Com a aplicação da pena consegue-se a realização da justiça, que exige, diante do mal causado, um castigo que compense tal mal e retribua, ao mesmo tempo, o seu autor.”⁷

As teorias absolutas estão presentes, principalmente, na Escola Clássica da Itália (Carrara) e da Alemanha (Kant e Hegel), que se preocupou com o crime e a figura do delinquente fora esquecida.⁸ Assim na Itália, Francesco Carrara (1805-1888) definia o crime como “a infração da lei do Estado, promulgada para proteger a segurança dos cidadãos, resultante de um ato externo do homem, positivo ou negativo, moralmente imputável e politicamente danoso”.⁹ O crime é um ente jurídico “porque sua essência deve consistir necessariamente na violação de um direito”,¹⁰ não se preocupou com a pessoa do delinquente porque não reconhecia a finalidade reeducativa da pena, defendia que o “fim primeiro da pena é o restabelecimento da ordem externa da sociedade, alterada pelo delito”.¹¹

Na Alemanha, IMMANUEL KANT (1724-1804) e GEORG WILHELM FRIEDRICH HEGEL (1770-1831) representaram o pensamento retribucionista. O “crime, na visão kantiana, configura uma transgressão ao direito de cidadania, cuja pena, a ele deve corresponder, medida por uma espécie de talião jurídico”.¹² Para Kant a pena é *um imperativo categórico* de justiça, um mandato que não pode ser transgredido, se a lei é vulnerada surge a necessária consequência, a pena.¹³ A pena é consequência natural do delito, uma retribuição, pois ao mal do crime impõe-se o mal da pena, do que resulta a igualdade e só esta igualdade traz justiça. No pensamento kantiano a função da pena não é prevenir os delitos, mas fazer justiça, ou seja, fazer com que haja uma perfeita correspondência entre o crime e o castigo (trata-se da justiça como igualdade, daquela espécie de igualdade que os antigos chamavam de “igualdade corretiva”), de modo que o dever da pena de morte cabe ao Estado e é um imperativo categórico, não um imperativo hipotético, fundado na relação meio-fim.¹⁴ Se “ele matou, *deve morrer*.” Não há nenhum sucedâneo, nenhuma comutação de pena que possa satisfazer a justiça. Não há nenhuma *comparação* possível entre uma vida, ainda que penosa, e a morte; e, por conseguinte, nenhuma

⁵ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. op. cit., p. 7.

⁶ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. op. cit., p. 7.

⁷ BITENCOURT, Cezar R. *Falência da pena de prisão*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 119.

⁸ COSTA, Álvaro Mayrink da. 8 ed. *Direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, 2009, v. 1, p. 224.

⁹ MIRABETE, Julio F. *Manual de direito penal*. São Paulo: Atlas, 21 ed. 2004, v. I, p. 39.

¹⁰ BITENCOURT, Cezar R., *Tratado de direito penal*. 9 ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2004. p. 49.

¹¹ PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*. São Paulo; RT, 3ª ed. 2002, v. 1, p. 61.

¹² MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000, p. 60.

¹³ COSTA, Álvaro Mayrink da, *Direito penal ... cit.*, v. 1, p. 216-217.

¹⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nélson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 165-166.

outra comparação entre o delito e a punição, salvo a morte juridicamente infligida ao criminoso, mas despojada de toda a maldade que poderia, na pessoa de quem padece, revoltar a humanidade,¹⁵ pois, Kant define a justiça retributiva como *lei inviolável*, um *imperativo categórico* pelo qual *todo aquele que mata deve morrer*, para que cada um *receba o valor de seu fato* e a *culpa do sangue* não recaia sobre o povo que não puniu seus culpados.¹⁶ É conhecida a justificação de Kant para a execução do condenado mesmo na hipótese da dissolução da sociedade.¹⁷

O castigo vem para realizar a compensação do mal, é a retribuição moral, que para o filósofo alemão a lei penal se funda na ética e relaciona o Direito Penal à transgressão moral, a essência da pena é realizar justiça, entendida por retribuição do mal causado pelo crime.¹⁸ A “*relação que Kant estabelece entre direito e moral é palpável*”.¹⁹

A contribuição de Kant para o estudo da pena é a dignidade da pessoa humana, a pena não tem outro fim senão o retributivo. O delinquente não pode ser tratado como meio, objeto, para se conseguir um objetivo. A pena deve ser aplicada ao indivíduo unicamente pelo fato de ter violado a ordem jurídica, não é possível tornar o homem instrumento para a obtenção de outros fins. A proibição de mediatizar o homem: a obrigação de considerá-lo sempre como fim e nunca como meio.

Para Hegel a pena é uma necessidade lógica e tem caráter retributivo talional. Se o delito é a negação do direito, a pena é a negação do delito (conforme a regra que a negação da negação é uma afirmação) e a afirmação do direito,²⁰ a pena “é a negação da negação caracterizada pelo crime, com a missão de reafirmar o Direito e atualizar a Justiça. Quando a pena é aplicada, o Direito se reconcilia com ele mesmo”.²¹

É possível justificar a pena como “a retribuição do injusto no sentido religioso (*expição*) ou jurídico (*compensação*) da culpabilidade, necessária para realizar a justiça ou restabelecer o Direito (*mal justo contra o injusto*)”?²² Pondera FERNANDO A. N. GALVÃO DA ROCHA²³ que as teorias retributivas não enfrentaram as questões do *por que* e do *para quê* punir, que dizem respeito à legitimidade externa. O delito não pode ser compensado pela pena, a vítima do homicídio não pode retomar a vida, não é possível, por maior que seja a pena aplicada, compreender que o mal causado

¹⁵ Idem.

¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos, op. cit., p. 422, esse pensamento kantiano foi desenvolvido em *Metafísica dos costumes* (1797).

¹⁷ Kant ressalta que a pena deve ser aplicada ao indivíduo unicamente pelo fato de ter violado a ordem jurídica, não é possível tornar o homem instrumento para a obtenção de outros fins, e, mesmo na hipótese da dissimulação da sociedade, o último assassino que estivesse no cárcere seria executado, para que cada indivíduo recebesse a pena merecida pelo delito que cometeu. Idem, p. 422: “*Mesmo se a comunidade de cidadãos, com a concordância de todos os membros, se dissolvesse, o último assassino encontrado na prisão deveria ser previamente executado, para que cada um receba o valor de seu fato e a culpa do sangue não pese sobre o povo que não insistiu na punição*”.

¹⁸ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 10-11.

¹⁹ BITENCOURT, Cezar R., *Falência da pena de prisão*, op. cit., p. 120.

²⁰ ZAFFARONI, Eugenio R. e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 7 ed. 2007, v. 1, p. 248.

²¹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, op. cit., p. 62.

²² COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit. v. 1, p. 43.

²³ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 8.

pela aplicação da pena sirva para compensar o mal causado pelo delincente. A pena como retribuição justa e baseada no livre-arbítrio e na culpabilidade “*não apresenta os parâmetros que determinavam a sua quantidade*”.²⁴

2.2 Teorias prevencionistas (relativas)

Procuram na punição um fim utilitário, “atribuem à pena um fim prático imediato de prevenção geral ou especial do crime”.²⁵ Ao mesmo tempo em que a pena deve proteger a sociedade, deve contribuir para evitar novas infrações realizadas por outras pessoas (*princípio da exemplaridade*). A pena “não é manifestação de vingança, mas com os olhos voltados ao futuro, pretende realizar o bem social”.²⁶ Em princípio as teorias prevencionistas dividem-se em prevenção *geral e especial*.

2.2.1 Prevenção geral

Tem o fim de influenciar a todos para que não pratiquem crime.²⁷ Leciona-se que a “noção de prevenção geral está ligada ao trabalho de intimidação difusa da comunidade, com a aplicação da pena, para que seus membros não cometam crimes”²⁸, porque se “a pena não for instrumento para a realização de determinado fim, visando, no futuro, a prevenir a ocorrência de novos crimes, materializará apenas uma vez vingança contra o criminoso”.²⁹

Neste ponto cabe, desde logo, ressaltar o pensamento de BECCARIA (1738-1794) em seu *Dos delitos e das penas* sobre a utilidade da pena: “Os castigos têm por finalidade única obstar o culpado de tornar-se futuramente prejudicial à sociedade e afastar os seus patrícios do caminho do crime”. O fim da pena “é apenas o de impedir que o réu cause novos danos aos seus concidadãos e demover os outros de agir desse modo”.³⁰

Para BECCARIA a pena deve ser certa e extensa, a pena não necessita de crueldade (intensidade), conforme nos fala no Capítulo XXVII, *brandura das penas*, a intimidação da pena surge da sua extensão e não da sua intensidade. Assim, a pena de morte é intensa e a prisão perpétua é extensa, logo, a perda da liberdade é mais intimidativa do que a pena capital: “Não é o grau intenso da pena que produz maior impressão sobre o espírito humano, mas sim sua extensão, pois a sensibilidade humana é mais facilmente e mais constantemente afetada por impressões mínimas,

²⁴ CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistemas de penas, dogmática jurídico penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002, p. 44.

²⁵ BRUNO, Aníbal, *Direito ... cit.*, t. 1, p. 93.

²⁶ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, *op. cit.*, p. 16.

²⁷ CAMARGO, Antonio Luís Chaves, *Sistemas ... cit.*, p. 47.

²⁸ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, *op. cit.*, p. 20. BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 119, lembra que a concepção prevencionista de Feuerbach, Bentham e Schopenhauer foi aprimorada em 1882 por Von Liszt, na Conferência de Marburgo, que explicitou não ter a pena a única finalidade de retribuir o fato passado, mas de prevenir novos delitos, corrigindo o criminoso corrigível, intimidando o intimidável e neutralizando os que não são corrigíveis nem intimidáveis.

²⁹ Idem, p. 15.

³⁰ BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. 3. ed. Trad. de J. Cretella e Agnes Cretella. São Paulo: Ed. RT, 2006, p. 52.

porém renovadas, do que o abalo intenso, mas efêmero”.³¹ Daí o dizer de NORBERTO BOBBIO: “*Não é necessário que as penas sejam cruéis para serem dissuasórias. Basta que sejam certas. O que constitui uma razão (aliás, a razão principal) para não se cometer o delito não é tanto a severidade da pena quanto a certeza de que se será de algum modo punido*”.³²

Na Alemanha, PAUL JOHAM RITTER ANSELM V. FEUERBACH (1775-1883), o fundador da moderna ciência do direito penal alemão, libertou-se do absolutismo kantiano, que faz da pena um imperativo categórico e lhe dá por medida o talião, e sustentou que a pena não é uma medida retributiva, mas preventiva. O fim do Direito Penal é a prevenção geral por meio da coação psicológica exercida pela ameaça da pena contida na lei (teoria da coação psicológica). O fundamento dessa ameaça é a necessidade de segurança do Direito.³³ O crime é a violação do direito, portanto, o Estado deve impedi-lo por meio de coação psíquica ou física. A pena ao ser cominada abstratamente deve intimidar a todos e o criminoso ao ser imposta no caso concreto. O foco é a “motivação do grupo social, para que todos os cidadãos comportem-se de acordo com o ordenamento jurídico. A comunicação penal deve produzir desestímulo à generalidade das pessoas potencialmente inclinadas ao crime, mediante a coação psicológica”.³⁴ A doutrina prevencionista enriqueceu-se com a subdivisão da prevenção geral em negativa e positiva.

Na *teoria da prevenção geral negativa* a “pena deve produzir efeitos de intimidação sobre a generalidade das pessoas, atemorizando os possíveis infratores a fim de que eles não cometam quaisquer delitos”,³⁵ pretende desencorajar a generalidade das pessoas na prática de delitos, assim, “tomada em sua versão pura, pretende obter com a pena a dissuasão dos que não delinquiram e podem sentir-se tentados a fazê-lo. Com esse discurso, a criminalização assumiria uma função utilitária, livre de toda consideração ética e, por conseguinte, sua medida deveria ser a necessária para intimidar aqueles que possam sentir a tentação de cometer delitos” e parte-se aqui de “uma concepção mecânico-racional do ser humano, como um ente que em qualquer circunstância realizaria a comparação custo-benefício. {...} pressupondo no infrator um sujeito racional que maximiza o benefício esperado de sua conduta por sobre o custo”.³⁶

O discurso legitimante da *prevenção geral negativa* parte da ilusão, porque a imensa maioria das pessoas evita condutas lesivas “por uma enorme e diversificada

³¹ Idem, p. 91.

³² BOBBIO, Norberto, op. cit., p. 164.

³³ Nesse sentido: BRUNO, Aníbal, *Direito ... cit.*, t. 1, p. 106; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 16. É dele o princípio da absoluta legalidade dos crimes e das penas cunhado na expressão latina: *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*. Para Feuerbach, a finalidade do Estado é a convivência humana de acordo com o Direito.

³⁴ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, op. cit., p. 21.

³⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JÚNIOR, Alceu, op. cit., p. 131.

³⁶ ZAFFARONI, Raúl E., BATISTA, Nilo, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro, ALAGIA, Alejandro, SLOKAR, Alejandro. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2006, 1º v. p. 117.

quantidade de motivações éticas, jurídicas e afetivas que nada tem a ver como o temor à criminalização secundária”.³⁷ Se “a pena dissuade por intimidação (medo): o grau de dor que deve ser causada a uma pessoa, para que outra sinta medo, não depende daquele que sofre, mas da capacidade de ser atemorizada”.³⁸

Os criminosos, em regra, atuam sob impulso, convencidos de que não serão descobertos ou condenados. A certeza da punição intimida mais que a pena. A “eficácia do poder intimidativo das sanções penais deve estar relacionada com a certeza da aplicação da pena”.³⁹ Welzel lembra que para satisfazer a prevenção geral negativa é preciso que a pena seja elevada. A pena criminal tem poder de intimidar? A dificuldade de aplicação da *teoria da prevenção geral negativa* reside no fato que a intimidação da pena não tem efeito sobre todas as pessoas. Para aceitar a eficácia da teoria deve-se partir do pressuposto que as pessoas se intimidam igualmente com a ameaça da pena. No entanto, certos tipos de criminosos, efetivamente, não se intimidam com a coação psicológica que, supostamente, a pena tem. O que leva o legislador fustigado com os reclamos pelas altas taxas de criminalidade a aumentar a quantidade das penas existentes. Para determinadas pessoas a intimidação é eficaz porque opera concomitantemente com outros freios inibitórios do crime.

O mérito da *teoria da prevenção geral negativa* é o “processo educativo da sociedade”,⁴⁰ porque a “intimidação pura e simples da pena, como foi observado, não conseguiu garantir a prevenção geral da criminalidade”,⁴¹

Na *teoria da prevenção geral positiva* a pena tem a função educativa de intervir no foro íntimo de todos os cidadãos e de fortalecimento dos valores ético-sociais veiculados pela norma,⁴² assim a partir do finalismo *welzeniano*, consoante o escólio de Antonio Luis Chaves Camargo⁴³, a prevenção geral deixa de ser apenas intimidativa para o grupo social e, num sentido mais amplo, acresce aos seus fins a confirmação do Direito como ordem ética, enfim, pretende assegurar a vigência efetiva dos valores da consciência jurídica.

2.2.2 Prevenção especial

Consiste “*em que a pena aplicada deve evitar a comissão de novos injustos penais por parte do condenado*”.⁴⁴ Há uma crença na possibilidade de o homem ser reeducado. Evitar que o condenado volte a delinquir. A finalidade preventiva da pena pressupõe ser possível realizar um prognóstico, suficientemente seguro, do comportamento futuro e, ainda, que a característica sócio pedagógica da pena possa combater, com eficiência, a tendência criminosa dos indivíduos.⁴⁵

³⁷ Idem, p. 118

³⁸ Idem, p. 119.

³⁹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, op. cit., p. 82

⁴⁰ SCHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JÚNIOR, Alceu, op. cit., p. 132.

⁴¹ CAMARGO, Antonio Luís Chaves, *Sistemas ...* cit., p. 51.

⁴² QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2ª Ed. 2005, p. 36.

⁴³ Idem.

⁴⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da, *Direito ...* cit., v. 3, p. 48.

⁴⁵ Idem, p. 17.

ZAFFARONI e PIERANGELI⁴⁶ sustentam que a prevenção especial da pena é a alternativa que resta diante da rejeição da prevenção geral, porém a prevenção especial não pode consistir em constrangimento físico, deve-se olhar o criminalizado no plano da igualdade frente à dignidade humana, o criminalizado é uma pessoa com plena capacidade jurídica, de sorte que a função da prevenção especial “deve ser a de diminuir a vulnerabilidade do criminalizado frente ao próprio sistema penal”, ou seja, pela *tomada de consciência* do criminalizado. Assim, a criação de hábitos de trabalho, a instrução, o ordenamento de sua vida familiar não são fins em si mesmos da prevenção especial, mas são os meios que contribuem ou que resultam desta *tomada de consciência*.

No *positivismo criminológico* o delito e o delincente são patologias sociais, a pena é um provimento utilitarista, que tem por fundamento a personalidade do réu, a capacidade de adaptação e a perigosidade. A Escola Positiva divide-se em três fases: a antropológica de *Cesare Lombroso* (1835-1909), a sociológica de *Enrico Ferri* (1856-1929) e a jurídica de *Raffaele Garofalo* (1852-1934).

CESARE LOMBROSO (1835-1909), que depois de extensa pesquisa⁴⁷ teorizou em seu famoso *L'uomo delinquente* (1878 ou 1876)⁴⁸, considerava o crime a manifestação da personalidade humana e produto de várias causas, um fenômeno biológico e não um ente jurídico (Carrara). Criminoso é um ser atávico e representa a regressão do homem ao primitivismo. O atavismo físico e mental do homem é identificável pelas características anatômicas. O crime seria uma regressão atávica a formas primárias da humanidade.⁴⁹ Ao atavismo Lombroso “juntou depois a epilepsia, como fonte causal da criminalidade. O criminoso seria, então, um degenerado atávico de fundo epilético”, por fim, a *loucura moral* foi outra causa que recorreu para explicar a etiologia criminal. Criou o conceito de *criminoso nato*, que foi o núcleo do movimento da Escola Positiva,⁵⁰ a pessoa com disposição natural para o crime, portadora de condições que dificultam ou impedem o ajustamento social, descrito fisicamente com a mandíbula pesada e desenvolvida, grande capacidade orbitária, arcadas sobreciliares salientes, crânio frequentemente anormal, assimétrico, pouca ou nenhuma barba, cabelos abundantes, orelhas em forma de asa, fisionomia ordinariamente feminina no homem e viril na mulher, pequena fola muscular nas

⁴⁶ ZAFFARONI, Eugenio R., e PIERANGELI, José Henrique, op. cit., v. 1, p. 98-100. Zaffaroni e Pierangeli, *ibidem*, p. 100-101, afirmam que se a finalidade da prevenção especial fosse somente a de conseguir que os criminalizados não voltem a delinquir, a medida da pena seria medida da periculosidade.

⁴⁷ Lombroso, que era médico, pesquisou 400 criminosos na penitenciária de Pádua, medindo-os e pesando-os, com anotações em tabelas comparativas, conforme informa COSTA, Álvaro Mayrink da, *Direito ... cit.*, v. 1, p. 235, concluiu que a estatura, o peso e a capacidade torácica são maiores nos assassinos, médios nos ladrões e mínimos nos estupradores..

⁴⁸ Na Itália a primeira edição é de 1876 e a segunda de 1878. A obra foi traduzida em 1887 para o francês e o alemão. Foram mais cinco edições em italiano ampliadas e revisadas.

⁴⁹ BRUNO, Aníbal, *Direito ... cit.*, t. 1, p. 114-115.

⁵⁰ BRUNO, Aníbal, *Direito ... cit.*, t. 1, p. 113. Assinala o penalista brasileiro que o *criminoso nato* apresenta características físicas e morfológicas específicas: assimetria craniana, fronte fugidia, zigomas salientes, face ampla e larga, cabelos abundantes e barba escassa etc. Além dos aspectos físicos – orelha em asa, testa reduzida, mandíbula projetada – Lombroso deu atenção às tatuagens.

mãos e grande agilidade; e *moralmente* o criminoso apresentava vileza, crueldade, inclinação para o roubo, vaidade excessiva, astúcia, mentira, inveja, vingativo, odiava por odiar, indiferente às punições, sujeito a explosões de furor sem causa, preguiçoso, libertino, imprevidente, poltrão, versátil, jogador.⁵¹

ENRICO FERRI⁵² (1856-1929) fundador da Sociologia Criminal com a obra *Sociologia Criminal* (1892) insistiu no enfoque sociológico do delito até quase fazer desaparecer o Direito Penal absorvido pela sociologia, isto é, até reduzir sociologicamente o Direito Penal.⁵³ Cuidou do trinômio causal do delito: fatores antropológicos, sociais e físicos. Negou o livre-arbítrio, preferiu o determinismo biológico-social. No pensamento de Ferri as ações humanas “são sempre o produto de seu organismo fisiológico e psíquico e da atmosfera física e social onde nasceu e na qual vive”.⁵⁴ Os fatores desse determinismo biológico-social são antropológicos (constituição orgânica do criminoso), psíquicos (anomalias de inteligência), físicos (ambiente natural) e sociais (meio social). Ferri tomou como ponto de partida a distinção, que na época era aceita pelos autores, entre o delinquente habitual e o ocasional⁵⁵ e classificou os criminosos em cinco categorias: *nato* (conforme propusera Lombroso), *louco* (doença mental), *habitual* (produto do meio social), *ocasional* e o *passional*.⁵⁶ Para Ferri o fim da pena é a prevenção de crimes, com isso a pena deve ter duração indeterminada e ajustada à natureza do delinquente para reajustá-lo às condições de conveniência social.⁵⁷

O jurista RAFAELE GAROFALO (1851-1934) na obra *Criminologia* (1891 ou 1885) empregou o termo *criminologia* designativo de ciência do delito, das suas causas e dos seus remédios.⁵⁸ O conceito jurídico de crime é substituído pela Criminologia, independente da dogmática jurídica.⁵⁹ Garofalo buscou sistematizar o pensamento positivista de fundo antropológico de Lombroso e o de fundo sociológico de Ferri, com a aproximação da Psiquiatria e do Direito Penal, considerando o crime como o resultado de um desvio psíquico. A responsabilidade do criminoso tem por base a sua periculosidade e preconizou a proporcionalidade da pena à temibilidade do delinquente. Essa *temibilidade* é definida por Garofalo como “a perversidade constante e ativa do delinquente e a quantidade do mal

⁵¹ COSTA, Álvaro Mayrink da, *Direito .. cit.*, v. 1, p. 226.

⁵² Consoantes as anotações de ZAFFARONI, Eugenio R., e PIERANGELI, José Henrique, op. cit., v. 1, p. 259, Ferri foi o expositor de mais valor da Escola Positiva, sua obra mais importante é *Sociologia criminal*, também foi um expositor polêmico, político ativo, socialista a maior da parte da vida, embora nos últimos anos de vida se tenha inclinado ao fascismo.

⁵³ ZAFFARONI, Eugenio R., e PIERANGELI, José Henrique, op. cit., v. 1, p. 259.

⁵⁴ PRADO, Luiz Regis, op. cit., v. 1, p. 63.

⁵⁵ COSTA, Álvaro Mayrink da, *Direito ... cit.*, v. 1, p. 241.

⁵⁶ PRADO, Luiz Regis, op. cit., v. 1, p. 63; MIRABETE, Julio F., op. cit., v. I, p. 41; BRUNO, Aníbal, *Direito .. cit.*, t. 1, p. 116.

⁵⁷ BRUNO, Aníbal, *Direito ... cit.*, t. 1, p. 116.

⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio R. e PIERANGELI, José H., op. cit., p. 158, lembram que Soler entende não ser a criminologia ciência, mas “hipótese de trabalho”.

⁵⁹ BITENCOURT, Cezar R., *Tratado .. cit.*, v. 1, p. 52-53.

previsto que se deve temer por parte do mesmo delinquente”.⁶⁰ O delinquente é o indivíduo que apresenta um *déficit* do senso moral, que é constituído pelo sentimento de piedade e de probidade.

A pena deve ser indeterminada, ajustada ao delinquente, visando redimi-lo e reajustá-lo ao convívio social,⁶¹ cuja finalidade preventiva pressupõe ser possível realizar um prognóstico, suficientemente seguro, do comportamento futuro e, ainda, que a característica sociopedagógica da pena possa combater, com eficiência, a tendência criminosa dos indivíduos.⁶²

A Escola Positiva tem por objetivo “fazer da sanção criminal, não um castigo de culpabilidade, segundo a exigência de retribuição, mas instrumento de defesa social, pela recuperação do criminoso ou pela segregação, no caso de desajustados invencíveis”.⁶³

O mais significativo representante da teoria da *prevenção especial* foi o alemão Franz Von Liszt (1851-1919), que com seu *Programa de Marburgo* (1882)⁶⁴, sustentava que a pena deveria desempenhar três aspectos essenciais: a) *prevenção positiva especial* objetivando a correção do infrator; b) *prevenção especial negativa*, intimidação para aquele que não necessita de correição; c) *prevenção especial neutralizadora*, para inocular o delinquente⁶⁵. Em síntese, o pensamento de Liszt fincado na ideia de *ressocialização e reeducação* do apenado, bem como a *intimidação* daqueles que não necessitam ser intimidados e a *neutralização* dos incorrigíveis, situa-se no tripé intimidação, correção e neutralização.⁶⁶ Liszt pugnava pela *ressocialização* daqueles que necessitam e são suscetíveis de serem *ressocializados*; de *intimidação* daqueles que não têm necessidade de *ressocialização* e, por fim, de *neutralização* para aqueles que não são suscetíveis de *ressocialização*.⁶⁷

A teoria da *prevenção especial* atualmente divide-se em *prevenção especial negativa* (*neutralização* pela prisão) e *positiva* (*reinserção social*).⁶⁸ A *prevenção especial negativa* busca a “*neutralização* daquele que praticou a infração penal, *neutralização* esta que ocorre com a sua segregação no cárcere. A retirada momentânea do agente do convívio social o impede de praticar novas infrações penais”.⁶⁹ É a

⁶⁰ BRUNO, Aníbal, *Direito ... cit.*, t. 1, p. 118.

⁶¹ COSTA JÚNIOR, Paulo José, *op. cit.*, p. 17.

⁶² ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, *op. cit.*, p. 17.

⁶³ BRUNO, Aníbal, *Direito ... cit.*, t. 1, p. 108.

⁶⁴ Informa COSTA, Álvaro Mayrink da, *Direito ... cit.*, v.1, p. 251, que Von Liszt postulou com esse programa uma *ciência total do Direito Penal*, na qual deveriam ser incluídas a antropologia, criminal, psicologia criminal e a estatística criminal, ideia que revolucionou os penalistas.

⁶⁵ COSTA, Álvaro Mayrink da, *Direito ... cit.*, v. 3, p. 53.

⁶⁶ *Idem*, p. 52.

⁶⁷ VON LISZT, Franz. *A teoria finalista no direito penal*. Trad. Rolando Maria da Luz, Campinas: LZN Editora, 2007, p. 46. Conforme FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: RT, 2ª Ed., 2006, p. 249, foi no seu Programa de Marburgo de 1882 que Franz Von Liszt elaborou esse modelo.

⁶⁸ SCHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JÚNIOR, Alceu, *Teoria ... cit.*, p. 139.

⁶⁹ GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Rio de Janeiro: Impetus, v. I, p. 526

“neutralização (ou inocuização) do condenado, consistente na incapacitação para praticar novos crimes durante a execução da pena”.⁷⁰

O fim da pena na *prevenção especial positiva* é a “ressocialização do condenado, para que volte ao convívio social, quando finalizada a pena ou quando por benefícios, a liberdade seja antecipada”.⁷¹ É “a legitimação de uma função positiva de melhoramento do encarcerado”.⁷² Consiste na “correção (ou ressocialização) do condenado, realizada pelo trabalho de psicólogos, sociólogos, assistentes sociais e outros funcionários”⁷³ do estabelecimento prisional. É a ideologia “re” – reinserção, ressocialização, reincorporação e reeducação.⁷⁴

2.3 Teorias mistas (eccléticas ou unificadoras)

Realizam a conciliação das finalidades retributivas e preventivas da pena, por conta de nenhuma das duas lograr êxito nas suas pretensões isoladamente. A pena aqui tem índole retributiva, porém objetiva os fins de reeducação do criminoso e de intimidação geral. A “pena representaria (a) *retribuição* do injusto realizado, mediante *compensação* ou *expição* da culpabilidade, (b) *prevenção especial positiva* mediante *correção do autor* pela ação pedagógica da execução penal, além de *prevenção especial negativa* como segurança social pela neutralização do autor e, finalmente, (c) *prevenção geral negativa* através da *intimidação* dos criminosos potenciais pela ameaça penal e *prevenção geral positiva* como manutenção/esforço da confiança na ordem etc”.⁷⁵

Como explica OSWALDO HENRIQUE DUEK MARQUES⁷⁶, para uma corrente mais conservadora a pena exerce sua função protetora da sociedade por meio da imposição da retribuição nela contida e o fins preventivos têm caráter secundário; para a outra corrente mais progressista a retribuição deve permanecer nos limites máximos de exigência da prevenção dos crimes, não podendo ultrapassar, em quantidade e qualidade, o merecido pelo delinquente, segundo a sua culpabilidade.

Ao resumir o pensamento de *Ferrajoli* sobre o tema, JOSÉ ANTÔNIO PAGANELLA BOSCHI⁷⁷ lembra que o jurista italiano entende que a pena visa retribuir (embora não ao estilo ao mal do crime o mal da pena), a proteger o condenado do risco da vingança do mais forte (prevenção especial) e a prevenir a prática de novos crimes (prevenção geral integradora). A pena aqui tem índole retributiva, porém objetiva os fins de reeducação do criminoso e de intimidação geral. Admite o caráter retributivo, mas aceita sua função utilitária. Podemos dizer que, a pena por sua natureza é retributiva, tem um aspecto moral, mas sua finalidade é não só a prevenção mas também um misto de educação e correção.

⁷⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos, op. cit., p. 424.

⁷¹ NUCCI, Guilherme de Souza, *Código penal comentado*: RT, 9ª ed., 2008 p. 397.

⁷² COSTA, Álvaro Mayrink da, *Direito ... cit.*, v. 3, p. 51

⁷³ SANTOS, Juarez Cirino dos, *Direito ... cit.*, p. 424

⁷⁴ ZAFFARONI, Eugenio R. e PIERANGELI, José Henrique, op. cit., v. 1, p. 265-266.

⁷⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos, *Direito ... cit.*, p. 428-429.

⁷⁶ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, op. cit., p. 103.

⁷⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella, op. cit., p. 124.

As teorias mistas (unificadoras) são adotadas no Brasil e em outras legislações.⁷⁸ No art. 59 do CP brasileiro está determinado que a pena será aplicada *conforme seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção do crime*. A “reprovação exprime a ideia de retribuição da culpabilidade; a *prevenção* do crime abrange as modalidades de prevenção especial (correção e neutralização do autor) e prevenção geral (intimidação e manutenção/reforço da confiança na ordem jurídica) atribuídas à pena criminal”.⁷⁹

Na opinião de ÁLVARO MAYRINK DA COSTA⁸⁰ os “conceitos de *retribuição e prevenção* constituem uma verdadeira e perfeita antítese, sendo, pois, inconciliáveis”. Rebate Oswaldo Henrique Duek Marques⁸¹ a crítica ao dizer que a teoria socializadora é conciliável com as finalidades de prevenção geral e retribuição das sanções penais, uma vez que durante a fase de execução a pena desempenha seu papel reeducador sem retirar o sentido de reprovabilidade advindo da finalidade retributiva.

JUAREZ CIRINO DOS SANTOS⁸² sintetiza as críticas feitas às teorias mistas (unificadoras) em dois argumentos; o *primeiro* assinala que a conflitância das teorias não superam as debilidades de cada função declarada da pena e somam os defeitos das teorias particulares; o *segundo* argumento é de “não existir nenhum fundamento filosófico ou científico capaz de unificar concepções penais fundadas em teorias contraditórias, com finalidade práticas reciprocamente excludentes”.

3. Teorias da prevenção geral positiva: fundamentadora e limitadora

Surgida no final do século XX, com a finalidade de garantir as normas e influir em processo de controle social. Tem a função educativa que intervém no foro íntimo de todos os cidadãos, como o desdobramento da teoria da prevenção geral positiva dividida em fundamentadora (Welzel e Jakobs) e limitadora (Hassemer e Roxin).⁸³ Em comentário a esta subdivisão da teoria da prevenção geral positiva, observam Sérgio S. Schecaira e Alceu Corrêa Júnior⁸⁴ que a prevenção geral positiva *limitadora* de Hassemer e Roxin acrescenta à finalidade da pena “sentido limitador do poder punitivo do Estado” e na prevenção geral positiva

⁷⁸ Informa SANTOS, Juarez Cirino dos, *Direito ... cit.*, p. 429, que as teorias mistas (unificadoras) são adotadas no CP alemão: o § 46 do *Strafgesetzbuch* define a culpabilidade como fundamento da pena (retribuição), determinada conforme os *efeitos esperados para a vida futura do autor* na comunidade (prevenção especial); o § 47 menciona o objetivo de *defesa da ordem jurídica* (prevenção geral), e que o Tribunal Constitucional alemão confirmou as funções absoluta e preventiva da pena criminal.

⁷⁹ SANTOS, Juarez Cirino dos, *Direito ... cit.*, p. 430.

⁸⁰ COSTA, Álvaro Mayrink da, *Direito ... cit.*, v. 3, p. 62.

⁸¹ MARQUES, Oswaldo Henrique Duek, *op. cit.*, p. 85.

⁸² SANTOS, Juarez Cirino dos, *op. cit.*, p. 430.

⁸³ SCHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JÚNIOR, Alceu, *Teoria ... cit.*, p. 132; PIACESI, Débora da Cunha, *Funcionalismo roxiniano e os fins da pena*. In: GRECO, Luís e LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal - parte geral*. Rio de Janeiro : Renovar, 2008, p. 54.

⁸⁴ SCHECAIRA, Sérgio Salomão e CORRÊA JÚNIOR, Alceu, *Teoria ... cit.*, p. 132.

fundamentadora de Jakobs e Welzel o fim da pena é “a confirmação da norma e dos valores nela contidos”.

A *prevenção geral positiva fundamentadora* de Günther Jakobs “parte de uma perspectiva funcionalista, inspirado na teoria dos sistemas de Luhmann, para sustentar a teoria da prevenção geral positiva, justificando a pena como fator de coesão do sistema de político-social diante de sua capacidade de restaurar a confiança coletiva, sobressaltada pelas transgressões, na estabilidade do ordenamento”.⁸⁵ Na sua proposição a pena é um instrumento de manutenção das expectativas sociais depositadas sobre a norma,⁸⁶ não visa proteção de bens jurídicos e tem o fim de manter a vigência da norma como modelo do contrato social. Para Jakobs a pena não pretende intimidar os potenciais criminosos, mas reafirmar a validade da norma, secundariamente, a pena pode afetar o condenado ou terceiros de tal modo que se abstenham de realizar delitos futuros.⁸⁷

Na *teoria fundamentadora* de Jakobs são excluídas as funções de intimidação, de correção, de neutralização e de retribuição da pena, a pena é “legitimada pelo objetivo de *estabilização das expectativas normativas* mediante *afirmação da validade da norma penal* violada – definida como *bem jurídico-penal*, categoria que substituiria o conceito de *bem jurídico*, considerado inútil pelo autor”.⁸⁸

Considera Juarez Cirino dos Santos ser grave “o formalismo abstrato da linguagem hermética de JAKOBS: a prevenção geral positiva como *demonstração de validade da norma*, necessária para reafirmar as *expectativas normativas* frustradas pelo comportamento criminoso, seria exercício de *confiança na norma* (saber *o que esperar* na interação social), de *fidelidade jurídica* (reconhecimento da pena como *efeito da contradição da norma*) e de *aceitação das consequências* jurídicas (conexão do comportamento criminoso com o dever de suportar a pena) – na verdade, postulados do contrato social do século 18, com aceitação das *normas sociais* na qualidade de membro da sociedade e aceitação da *punição* na qualidade de infrator das normas sociais”.⁸⁹ Ao criticar a teoria da prevenção geral positiva *fundamentadora*, Mir Puig aduz que a tese “não explica por que a estabilização de expectativas deve ser presidida pela imposição de um castigo”.⁹⁰

Na *teoria geral positiva limitadora* de Claus Roxin a “finalidade da pena deve ser restringida pelos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade etc. O direito de punir do Estado não pode ir além desses princípios, sob pena de se tornar um poder arbitrário, impondo, de

⁸⁵ Idem. Como anota no mesmo sentido CAMARGO, Antonio Luís Chaves, *Sistemas ... cit.*, p. 56, o centro de proteção do direito penal no pensamento de Jakobs é “o reconhecimento da validade das normas e a confiança que deve inspirar nos cidadãos que a elas aderiram”.

⁸⁶ BOSCHI, José Antonio Paganella, *op. cit.*, p. 121. Entende BOSCHI, *idem*, p. 122, que Jakobs resgata Hegel para quem o delito era a negação da norma, e a pena a negação do delito como forma de restauração da vigência normativa abolida.

⁸⁷ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da, *op. cit.*, p. 22.

⁸⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos, *Direito penal ... cit.*, p. 426.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Apud COSTA, Álvaro Mayrink da, *Direito penal ... cit.*, v. 3, p. 55.

maneira coativa, determinados padrões éticos”.⁹¹ Mantém ser função da pena a busca da confiança da norma, mas acrescenta que a função do Direito Penal é a tutela subsidiária de bens jurídicos. A “pena garantidora das expectativas sociais teria como finalidade o *restabelecimento da ordem externa da sociedade*, objetivando a *confirmação da vigência da norma*, atuando mais sobre os outros do que sobre os culpados, a fim de tranquilizá-los tanto a respeito dos próprios delinquentes como a respeito de seus temidos imitadores”.⁹²

ÁLVARO MAYRINK DA COSTA⁹³ resume e compara o pensamento dos dois juristas alemães, em Roxin a prevenção é limitada pela subsidiariedade, uma das funções dentre as demais; ao passo que Jakobs legitima as expectativas sociais na perspectiva puramente normativa.

Quanto à teoria *limitadora*, na visão de Roxin “a pena garantidora das expectativas sociais teria como finalidade o *restabelecimento da ordem externa da sociedade*, objetivando a *confirmação da vigência da norma*, atuando mais sobre os outros do que sobre os culpados, a fim de tranquilizá-los tanto a respeito dos próprios delinquentes como a respeito de seus temidos imitadores”⁹⁴.

Para a “teoria limitadora esta finalidade da pena deve ser restringida pelos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade etc. O direito de punir do Estado não pode ir além desses princípios, sob pena de se tornar um poder arbitrário, impondo, de maneira coativa, determinados padrões éticos”⁹⁵.

4. Relevância das circunstâncias judiciais

Na aplicação da pena são levadas em conta as circunstâncias que “são todos os fatos ou dados que se encontram ao redor do delito, de natureza objetiva ou subjetiva, mas que não interferem na caracterização do crime, podendo apenas agravar ou diminuir as penas”.⁹⁶ Guiado pelas circunstâncias judiciais do art. 69 do CPM, o juiz, “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”, a teor do art. 59, II, do CP, calcula a quantidade da pena privativa de liberdade (inciso II), na etapa seguinte fixa o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (inciso III) e por último, se for o caso, suspende a execução (art. 84 e ss do CPM). As circunstâncias judiciais são importantes não só como “parâmetros que vinculam e condicionam a aplicação da pena pelo juiz, limitando assim sua discricionariedade”,⁹⁷ mas também são os critérios subjetivos para fixação do regime prisional (art. 33, § 3º, CP),

⁹¹ Idem, p. 132.

⁹² COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., v. 3, p. 48.

⁹³ Idem, p. 58.

⁹⁴ COSTA, Álvaro Mayrink da, op. cit., v. 3, p. 48.

⁹⁵ SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA Jr., Alceu, op. cit., p. 132.

⁹⁶ Idem, p. 264.

⁹⁷ SÉRGIO, Salomão; CORRÊA Jr., Alceu, op. cit., p. 234.

4.1 Individualização da pena em concreto

Individualizar significa tornar único, caracterizar, promover a distinção entre as pessoas, particularizar alguém que antes possuía tratamento genérico⁹⁸. A individualização judiciária da sanção penal implica significativa margem de discricionariedade, que deverá ser balizada pelos critérios consignados no artigo 59 do CP⁹⁹ (cujo correspondente no CPM é o art. 69). A tarefa do magistrado, no entanto, não é das mais fáceis, alerta, neste sentido, Roberto Lyra¹⁰⁰ ser preciso que o juiz “se compenetre desse arbítrio para enfrentá-lo desassombadamente e exercê-lo desembaraçadamente, a bem da efetividade da individualização, dentro da indeterminação relativa da pena”. Nos n. 49 e 50 da Exposição de Motivos da Lei 7.209, que reformou a Parte Geral do CP, está sublinhada a necessidade de “assegurar a individualização da pena sob critérios mais abrangentes e precisos” e para tanto oferece “ao *arbitrium iudices* variada gama de opções”.

4.2 Circunstâncias judiciais (art. 69, caput)

São denominadas de judiciais as circunstâncias porque são valoradas de forma favorável (positiva) ou desfavorável (negativa) pelo juiz,¹⁰¹ refletem maior ou menor censurabilidade do comportamento delituoso. O Código Penal Militar tem uma determinação relativa de suas penas privativas de liberdade, de graduações variáveis, eis que as circunstâncias podem ser todas favoráveis, todas desfavoráveis, ou ainda, algumas favoráveis e outras desfavoráveis. As circunstâncias judiciais do art. 69 não são idênticas às do art. 59 do CP e têm diferença de fundo, porque o art. 69 do CPM determina que na fixação da pena privativa de liberdade o juiz ao apreciar a gravidade do crime e a personalidade do réu deve ter em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, os motivos determinantes, as circunstâncias de tempo e lugar, os antecedentes do réu e sua atitude de insensibilidade, indiferença ou arrependimento após o crime. A exegese da norma penal é a de que as duas circunstâncias judiciais, a gravidade do crime praticado e a personalidade do réu, servem à medida da culpabilidade. Vale dizer, a culpabilidade será maior ou menor de acordo com as mencionadas circunstâncias.

4.2.1 Gravidade do crime

Na verificação desta circunstância judicial o juiz leva em conta a intensidade do dolo ou grau da culpa, a maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução, as circunstâncias de tempo e lugar. A gravidade do crime em concreto. O legislador considerou a gravidade em abstrato do crime para cominar quantidade mínima e máxima de pena. Não deve o juiz

⁹⁸ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória*. Salvador: Editora Jus Podivum, 2009, p. 76.

⁹⁹ PRADO, Luiz Régis, op. cit., v. 1, p. 536.

¹⁰⁰ LYRA, Roberto. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1955, v. II, p. 180-181.

¹⁰¹ Sobre a valoração das circunstâncias judiciais ver comentários ao art. 77.

militar considerar grave o crime, por ex., pelo fato de violar o dever militar, porque o legislador já considerou este aspecto na fixação da pena em abstrato.

Discutível se, atualmente, o dolo pode ser levado em conta na avaliação da gravidade do crime, porque com as alterações da Reforma de 1984 na Parte Geral do CP, houve a transferência do dolo e da culpa para o tipo penal. A Reforma de 1984 preferiu a expressão “culpabilidade” em lugar de “intensidade do dolo ou grau de culpa”, visto que a graduável é a censura, cujo índice, maior ou menor, incide na quantidade da pena. (n. 50 da Exposição de Motivos).¹⁰² No Código Penal Militar, o dolo continua a ser elemento da culpabilidade (art. 33),¹⁰³ com maior ou menor intensidade. O dolo, elemento essencial do juízo de reprovação, tem conteúdo psicológico da ação ou da omissão, o dolo direto revela maior determinação e perversidade e é modalidade mais grave do que o dolo eventual.¹⁰⁴ Na doutrina do Direito Penal comum há divergência. Cezar Roberto Bitencourt¹⁰⁵ anota que o “dolo que agora se encontra localizado no tipo penal – na verdade em um dos elementos do tipo, qual seja, a ação – pode e deve ser aqui considerado para avaliar o grau de censurabilidade da ação tida como típica e antijurídica: quanto mais intenso for o dolo, maior será a censura; quanto menor a intensidade, menor será a censura”. Na lição de Aníbal Bruno¹⁰⁶ cabe ao juiz, conforme a maior ou menor disposição do agente em alcançar o resultado, fixar a quantidade da pena-base, por um juízo de valor, de acordo com a intensidade do dolo, quanto mais intenso o dolo, maior é a censura. Como elemento de aferição da intensidade do dolo o intervalo de tempo denota a firmeza e a tenacidade do propósito, ou seja, um processo volitivo de duração maior. Leciona Ricardo A. Schmitt¹⁰⁷ que o grau de censura da ação ou da omissão do réu que deve se dar a partir da existência de um *plus* de reprovação

¹⁰² É de lembrar que a redação do art. 59 foi dada pela Lei 7.209/84, mas o art. 42 da Parte Geral reformada contemplava como circunstâncias judiciais os antecedentes, a personalidade do agente, a intensidade do dolo ou grau da culpa, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime.

¹⁰³ A culpabilidade que aqui se trata não é a do finalismo cujos elementos são a imputabilidade, a potencial consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa.

¹⁰⁴ FRAGOSO, Heleno C. *Lições de direito penal: parte geral*. Rio de Janeiro: Forense, rev. por Fernando Fragoso, 2003, p. 212-2136.

¹⁰⁵ BITENCOURT, Cezar R., *Tratado ... cit.*, v. 1, p. 608. No mesmo sentido FRAGOSO. Heleno C., op. cit. p. 407-408, sustenta: “A culpabilidade tem por fulcro, nos crimes dolosos, a vontade reprovável, ou seja, a vontade que não deveria ser contrária ao dever. A reprovabilidade que recai sobre o comportamento delituoso tem por base a vontade do agente dirigida no sentido do ilícito ou exercendo-se com assunção do risco de causar o resultado.

¹⁰⁶ BRUNO, Aníbal, *Direito ... cit.*, t. II, p. 60. O renomado jurista é causalista, de modo que no seu pensar o dolo e a culpa são elementos da culpabilidade.

¹⁰⁷ SCHMITT, Ricardo Augusto, op. cit., p. 88-90. Exemplos de valoração negativa do grau do dolo do autor: a) “tendo em vista que o Réu agiu com premeditação e frieza, sendo sua conduta merecedora de elevada censura”; b) “o Réu agiu com culpabilidade reprovável, uma vez que conhecia a vítima, tendo conhecimento de que a mesma mantinha habitualmente valores em sua posse quando se hospedava na pousada, o que resultou na prática de uma ação premeditada, que vem a intensificar a censura no seu modo de agir”; c) “conduta do Réu se demonstrou altamente reprovável, em vista de seu modo consciente e agressivo de agir”. O autor também dá exemplos em que não se valora negativamente o dolo se: a) o “acusado não agiu com dolo que ultrapassou os limites da norma penal”; b) os “elementos constantes nos autos não permitem aferir se o delito foi praticado com dolo elevado”.

social de sua conduta, salienta que quanto mais reprovável for a conduta, maior será a pena na primeira etapa da dosimetria, assim podem ser valoradas a frieza e a premeditação, as quais revelam intensidade no modo de agir do agente (dolo). Ensina Magalhães Noronha¹⁰⁸, de outro ponto, que na intensidade do dolo distingue-se o dolo premeditado do dolo de ímpeto, este surge de improviso, ao passo que aquele traduz reflexão e ponderação. É mais censurável o dolo direto do que o dolo eventual. Portanto, o elemento subjetivo é mensurável caso a caso.

Há precedente em sentido oposto do STJ¹⁰⁹: “o dolo do acusado não pode ser usado na culpabilidade para majorar a pena-base, eis que a vontade livre e direta de praticar o crime é inerente à própria norma penal incriminadora”. Mesmo que se tenha presente que o dolo, por ser um conceito jurídico, na teoria do crime, de modo que não pode ser objeto de valoração, a sua intensidade não pode deixar de ser levada em conta na culpabilidade.

A *graduação da culpa* em grave (lata), leve e levíssima por ser peculiar do direito privado não é aceita por certa parcela da doutrina penal.¹¹⁰ Na culpa grave há “falta de elementar atenção”, na leve há “falta de atenção devida pelo homem médio” e na levíssima¹¹¹ há “falta de extraordinária atenção”.¹¹² Assinala Roberto Lyra¹¹³ que “o grau da culpa corresponde ao grau de probabilidade do evento”. A distinção do grau de culpa faz-se pelo prisma de maior ou de menor previsibilidade exigível do agente e no cuidado objetivo. A culpa inconsciente fundada na previsibilidade é menos censurável do que a culpa consciente, a chamada culpa com previsão, que se avizinha do dolo eventual. Também se houver elementos nos autos é possível graduar a culpa inconsciente. A culpabilidade nos crimes culposos refere-se à maior ou menor gravidade da violação do cuidado objetivo que se expressa na imprudência, na negligência ou imperícia.¹¹⁴

As circunstâncias de *maior ou menor extensão do dano ou perigo de dano, os meios empregados, o modo de execução e de tempo e lugar* são “elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo, mas que, embora estranhas à configuração típica, influem sobre a quantidade punitiva para efeito de agravá-la ou abrandá-la”.¹¹⁵

¹⁰⁸ NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1999, v. 1, p. 251-252. O autor lembra que, apesar da lei não se preocupar com o dolo premeditado, nada impede que, *segundo o arbitrium iudicis*, o julgador no caso concreto tenha a premeditação como reveladora de intensidade dolosa. Sobre os graus de dolo, Carrara fala em dolo de ímpeto (de paixão cega ou de improviso) ou deliberado (premeditado).

¹⁰⁹ STJ, HC 60709/DF, 5ª T., j. 19.06.06, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 16.10.06.

¹¹⁰ Conforme COSTA e SILVA, Antônio José da, op. cit., v. 1, p. 96, o Direito Romano classificava a culpa em grave, leve ou levíssima.

¹¹¹ TACrimSP, RT 497/348.

¹¹² Neste sentido: HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, v. I, t. II, p. 198.

¹¹³ LYRA, Roberto, op. cit., p. 225-226.

¹¹⁴ FRAGOSO, Heleno C., op. cit. p. 407-408.

¹¹⁵ FRANCO, Alberto Silva et al, *Código penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: RT, 3 ed., 1990, p. 277.

Circunstâncias de tempo e lugar do crime são aquelas que cercam a prática da infração penal¹¹⁶ e que resultam na reprovabilidade da conduta criminosa. É reprovável um crime cometido à noite (circunstância de tempo) ou cometido num lugar ermo ou em meio à multidão (circunstância de lugar). São circunstâncias objetivas e, se do conhecimento de todos os participantes, comunicam-se. O juiz deve ter cuidado porque circunstâncias de tempo e lugar integram determinados tipos penais. Por exemplo, o repouso noturno é circunstância de tempo que tipifica o furto noturno (art. 240, § 4º) e o lugar sujeito à administração militar integra tipicidade do delito militar do art. 290.

A maior ou menor extensão do dano ou do perigo de dano são as consequências resultantes da ação criminosa “não só para a vítima como para sociedade”¹¹⁷, mas que vão além do fato típico. Do crime podem resultar consequências de maior ou de menor gravidade. Por ex., a morte do pai de família deixou numerosa prole sem amparo; o crime sexual acarretou à vítima graves perturbações emocionais ou psicológicas. Cuidado para não se incorrer no *bis in idem*: considerar a lesão grave (resultado do crime) como a extensão do dano à integridade física da vítima é dupla exasperação penal. A extensão do dano para a Administração Militar pode ser valorada negativamente, por ex., no peculato. Nos crimes culposos não se leva em consideração a extensão do dano causado, mas o desvalor da conduta.

Os *meios empregados* na execução do crime podem ser valorados negativamente, por exemplo, a viatura ou a aeronave empregada na missão ou em serviço e desviada pelo agente para transportar substância entorpecente, desde que não sejam as agravantes da letra e, II, art. 70. O *modo de execução* é a maneira ou recurso na execução que reveste o crime de gravidade, é o *modus operandi* que revela a gravidade concreta do crime no que diz respeito ao tempo de duração, a forma de abordagem etc, que não pode ser a “traição, emboscada, surpresa ou outro recurso insidioso que dificulte ou torne impossível a defesa da vítima”, porque são circunstâncias agravantes da alínea d.

4.2.2 Personalidade

É a circunstância judicial¹¹⁸ cuja definição se apresenta das mais difíceis face à complexidade que encerra. Alega-se que a consideração da personalidade do sentenciado apresenta-se difusa ao juiz que, muitas vezes, não domina conteúdos de psicologia, psiquiatria e antropologia. A análise da personalidade requer conhecimentos de psicologia e psiquiatria, que não são adquiridos nas Faculdades de Direito¹¹⁹. Na esteira disso, José Antonio Paganella Boschi¹²⁰ lembra que a personalidade é mais complexa do que as manifestações de caráter ou de

¹¹⁶ DELMANTO, Celso et al. *Código penal comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 104.

¹¹⁷ FRANCO, Alberto Silva et al, *Código...* cit., p. 277.

¹¹⁸ A personalidade é requisito do *sursis* (art. 84, II) e do livramento condicional (art. 89, III).

¹¹⁹ DEON, Marilise Ana. *A personalidade do agente como critério para fixação da pena-base*. Revista Jurídica n. 307, maio/2003, p. 97-104.

¹²⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella, op. cit., p. 205.

temperamento. Joe Tennyson Velo¹²¹, com apoio no pensar do psiquiatra Giuliani Ponti, explica que os conceitos de personalidade, temperamento e caráter são diferentes. O temperamento determina as tendências afetivas de agir no mundo, reagir ao ambiente e relacionar-se com os demais indivíduos. O temperamento como potencialidade ou pré-disposição para agir dessa ou daquela maneira muito dificilmente se altera. O que faz diferente o temperamento em várias situações são os condicionamentos sociais, relacionamentos interpessoais ou familiares, que causam frustrações ou alegrias, configurando o caráter de cada um. O temperamento e caráter fazem parte da personalidade do agente.

Vem a calhar o alerta de GILBERTO FERREIRA¹²² de que “o juiz, efetivamente, não tem condições de avaliar cientificamente a personalidade do criminoso. Primeiro, porque ele não tem preparo técnico em caráter institucional. As noções sobre psicologia e psiquiatria as adquire como autodidata. Segundo, porque não dispõe de tempo para se dedicar a tão profundo estudo. Como se sabe o juiz brasileiro vive assoberbado de trabalho. Terceiro, porque, não vige no processo penal o princípio da identidade física, muitas vezes a sentença é dada sem ter o juiz qualquer contato com o réu. Quarto, porque em razão das deficiências materiais do Poder Judiciário e da polícia, o processo nunca vem instruído de modo a permitir uma rigorosa análise da personalidade”.

A despeito desta patente dificuldade, a doutrina procura dar concretude e consistência à expressão personalidade. Define-se que a personalidade é a “porção herdada e porção adquirida, com jogo de forças que determinam ou influenciam o comportamento humano”¹²³, no pensar de Gilberto Ferreira¹²⁴ a personalidade é “o conjunto de atributos adquiridos ao longo da vida”, para Fábio Bittencourt da Rosa¹²⁵ a “personalidade do réu se revela pelo comportamento habitual, pelo papel social que desempenha”, o que se confunde com a conduta social. A personalidade “entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo”.¹²⁶

A personalidade é mais do que um produto histórico por estar em constante formação, transformação e deformação, de modo que a representação de seus traços será sempre um corte simplificado, impreciso e pouco confiável, vale dizer, ela se modifica continuamente com variações na intensidade, haveria, em tese, absoluta impossibilidade de determinação pelo juiz.¹²⁷ Com isso, os juízes na sentença criminal empregam expressões precárias: “personalidade desajustada”, “personalidade

¹²¹ VELO, Joe Tennyson. *Criminologia analítica: conceitos de psicologia analítica para uma hipótese etiológica em Criminológica*. São Paulo, IBCCIM, 1988, nº 7, p. 139.

¹²² FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1988, p. 88. SCHMITT, Ricardo Augusto, op. cit., p. 98, também defende a impossibilidade de ser atribuída a tarefa ao julgador de avaliar a personalidade, por não estar afeta a sua área de atuação.

¹²³ BRUNO, Aníbal, *Direito ... cit.*, t. II, p. 154.

¹²⁴ FERREIRA, Gilberto, op. cit., p. 86.

¹²⁵ ROSA, Fábio Bittencourt da. *A pena e sua aplicação*. RT 668/245.

¹²⁶ BITENCOURT, Cezar R., *O arbítrio judicial na dosimetria penal*, RT 723/498.

¹²⁷ BOSCHI, José Antonio Paganella, op. cit., p. 206-207. No mesmo sentido CARVALHO, Salo e CARVALHO, Amilton Bueno. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2001, p. 49. VELO, Joe Tennyson, op. cit., p. 138-139.

agressiva e impulsiva”, “personalidade voltada à prática delituosa”¹²⁸. Na apreciação da personalidade o juiz leva em conta os *motivos determinantes, atitude de insensibilidade, a indiferença ou arrependimento após o crime*, que configuram reprovação do comportamento do agente, que tem certa analgesia moral decorrente de sua “maneira de agir e sentir”¹²⁹. Esses critérios do CPM na apreciação da personalidade dependem de informação nos autos para o juiz motivar a decisão, o que nem sempre existe. Às vezes são coletados no processo elementos que demonstram frieza e calculismo próprios de personalidades criminosas, que sugerem que o crime não foi praticado por uma compulsão temporária, mas, ao contrário, revelam que o acusado tem potencialidade para voltar a delinquir em liberdade.

Os *motivos determinantes* do crime são as razões que levaram o agente a delinquir e, conforme o caso, determinam a personalidade do agente¹³⁰. Enquanto fatores propulsores da vontade, os motivos são os antecedentes psicológicos do crime. Nélson Hungria¹³¹ os classifica em imorais (anti-sociais), que são aqueles contrários às condições ético-jurídicas da vida em sociedade cujos exemplos são “o egoísmo feroz, a cólera má, a prepotência, a malvadez, a improbidade, a luxúria, a cobiça, a *auri sacra fames*, o espírito de vingança, a empolgadura de vícios”, e em motivos morais (sociais) cujos exemplos são “o amor à família, o sentimento de honra, a gratidão, a revolta contra injustiça, as paixões nobres em geral podem levar ao crime”. Não confundir motivo com dolo, o motivo altera a pena-base, mas deixa intacto o dolo. Também há crimes com elemento subjetivo especial, o fim especial de agir. Outra observação a ser feita é a proibição da dupla incidência (*ne bis in idem*) do mesmo motivo na pena. Se o juiz notar que irá aplicar mais a frente determinado motivo como circunstância qualificadora do crime, agravante ou causa de diminuição ou de aumento de pena, não deve operar com tal motivo como circunstância judicial na primeira fase, pois, haverá a dupla incidência. Por ex., o motivo fútil e o motivo torpe são circunstâncias qualificadoras do homicídio (art. 205, § 2º, I e II) e também agravantes genéricas (art. 70, II, *a*). Assim, se o juiz reconhecer que o homicídio é qualificado porque foi cometido com motivo torpe (vingança) não pode levar em conta a vingança para fixar a pena-base, como motivo determinante do crime.¹³² O juiz não pode tomar em consideração a circunstância que o legislador já fez integrar a figura delituosa. O mesmo raciocínio é válido para os demais crimes no que refere à agravante. Se a circunstância judicial constituir também circunstância agravante (o motivo determinante do crime foi torpe), como

¹²⁸ Oportuna observação de SCHMITT, Ricardo A., op. cit., p. 99, que não devem ser empregadas por ferir princípios da presunção de inocência.

¹²⁹ DELMANTO, Celso et. al, op. cit., p. 104.

¹³⁰ BOSCHI, José Antonio Paganella, op. cit., p. 213 informa que foi Freud que procurou relacionar a motivação à personalidade.

¹³¹ HUNGRIA, Nélson, op. cit., v. I, t. II, p. 475.

¹³² No homicídio há uma corrente de entendimento que em havendo duas circunstâncias qualificadoras, a primeira é empregada para qualificar o crime de homicídio, e a segunda como circunstância judicial na fixação da pena-base. Há outra corrente que nesta mesma situação defende que a segunda circunstância deve ser levada em conta na segunda fase como agravante, se prevista em lei.

as agravantes têm incidência obrigatória (art. 70 – “sempre agravam a pena”) desconsidera-se a circunstância na fixação da pena-base, porque se não respeitado tal ordem de entendimento há dupla incidência, o que é proibido em Direito Penal (*ne bis in idem*). Neste sentido são os precedentes do STJ¹³³. Determinados motivos são atenuantes da pena (art. 72, III, *a*), causa de diminuição do homicídio (art. 205, § 1º) ou de aumento (art. 222, § 1º, última parte).

Os *antecedentes* são todos fatos, de natureza criminal, anteriores ao crime, de maneira que tais fatos ocorridos depois do crime não podem ser levados em consideração. São critérios que o juiz se baseia para apurar a capacidade de delinquir e definidos como “fatos anteriores praticados pelo réu, que podem ser bons ou maus. São maus antecedentes aqueles fatos que merecem a reprovação da autoridade pública e que representam expressão de sua incompatibilidade para com os imperativos ético-jurídicos”¹³⁴. O réu pode ter bons ou maus antecedentes. Frisa JULIO F. MIRABETE¹³⁵ que verifica-se a vida pregressa do réu com base no que constar no inquérito policial (art. 6º, VIII e IX do CPP cujo correlato no CPPM é o art. 391) e nos demais dados colhidos durante a instrução do processo. A prova dos maus antecedentes é feita mediante certidão cartorária com a anotação do trânsito em julgado da sentença. Bons antecedentes não se confundem com a conduta social.

Há divergência se podem ser considerados maus antecedentes os inquéritos e os processos em andamento em respeito ao princípio da presunção de inocência, pois, o inquérito pode ser arquivado e na ação penal o réu pode ser absolvido até mesmo por excludente da ilicitude. A Súmula 444 do STJ determina: “*É vedada a utilização de inquéritos e ações penais em curso para agravar a pena-base*”. A 1ª Turma do STF o decidiu que “inquéritos policiais e ações penais em andamento configuram, desde que devidamente fundamentados, maus antecedentes para efeitos da fixação da pena-base, sem que, com isso, reste ofendido o princípio da presunção de não culpabilidade”¹³⁶. Na doutrina sustenta-se que não deve considerar maus antecedentes os inquéritos e processos em andamento¹³⁷, todavia, essa não é opinião de Cezar Roberto Bitencourt¹³⁸, que entende que eles podem ser considerados maus antecedentes porque não encerram um novo juízo de censura, isto é, não implicam em condenação a violar o princípio de presunção de inocência, e é injustificável que indivíduos com extensa folha de antecedentes, com dezenas de inquéritos policiais

¹³³ STJ, REsp 702844/RS, 5ª T., j. 19.05.05, rel. Min. Gilson Dipp, DJ 13.06.05; HC 74300/PE, 5ª T., j. 14.08.07, rel. Min. Jane Silva (Desembargadora convocada do TJ/MG), DJ 17.09.2007.

¹³⁴ BITENCOURT, Cezar R.. *O arbítrio judicial na dosimetria penal*. RT 723/498. Em sentido oposto, há um julgado do STJ, REsp 154.841/RS, j. 04/06/1998, rel. Min. Luiz Vicente Cernicchiaro, no sentido de que o juiz na fixação da pena considera não só a vida pregressa, como a conduta do réu após a prática do delito.

¹³⁵ MIRABETE, Julio F., op. cit., v. I, p. 294.

¹³⁶ STF, 1ª T., AI-AgR 604041/RS, j. 03.08.07, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJ 31.08.07.

¹³⁷ SCHMITT, Ricardo Augusto, op. cit., p. 92; NUCCI, Guilherme de Souza, *Código... cit.*, p. 396-397; GRECO, Rogério, op. cit., v. I, p. 602.

¹³⁸ BITENCOURT, Cezar R. *O arbítrio judicial na dosimetria penal*. RT 723/498.. Essa também é a opinião de MIRABETE, Júlio F., op. cit., v. I, p. 294; JESUS, Damásio E. de. *Direito penal*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 28 ed., 2005, p. 556, COSTA JÚNIOR, Paulo José da, op. cit., p. 194-195, este último define os antecedentes como “todos os fatos e episódios” da vida do réu, próximos ou remotos.

e processos em curso não sejam considerados portadores de maus antecedentes, porque ainda não houve condenação definitiva.

Os “processos em que restou declarada extinta a punibilidade do agente pela prescrição da pretensão punitiva estatal também não configuram maus antecedentes. Por sua vez, se a extinção da punibilidade se deu pela prescrição da pretensão executória, considera-se tal situação como maus antecedentes, uma vez que pressupõe a existência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado e o Estado tão somente não conseguiu executar a pena aplicada em tempo hábil”.¹³⁹ Processos com condenação e em fase de recurso, conforme precedentes do STJ¹⁴⁰ também não podem ser levados em consideração como maus antecedentes por ainda vigir a garantia constitucional da não culpabilidade (art. 5º, LVII, CF). Sentença homologatória de transação penal (art. 76, §§ 4º e 6º, da Lei 9.009/95) não gera maus antecedentes, nem reincidência.¹⁴¹ No mesmo diapasão, a doutrina pondera que também no caso de homologação da proposta aceita de suspensão condicional do processo (art. 89 da Lei nº 9.009/95) não gera a coisa julgada e não pode ser considerada maus antecedentes.¹⁴² A rigor, somente as decisões condenatórias com trânsito em julgado, por fatos anteriores, desde que não impliquem em reincidência¹⁴³, podem ser consideradas maus antecedentes.

No Direito Penal Militar, outro ponto a destacar é se em crimes propriamente militares, que ofendem a disciplina e hierárquica militar, podem ser considerados maus antecedentes o péssimo comportamento disciplinar do militar? Há precedente do STM no sentido que sim.¹⁴⁴

5. As circunstâncias judiciais e o regime prisional

Na ausência de previsão de regimes prisionais no Código Penal Militar, os regimes fechado, semiaberto ou aberto são fixados conforme a espécie de pena (art. 33, CP), quantidade de pena e a reincidência (art. 33, § 2º, CP). No entanto, a teor do art. 33, 3º, CP, a determinação do regime inicial do cumprimento se faz pelos critérios do art. 59 do CP. O juiz fixa a regime de cumprimento realizando um juízo sobre o futuro do condenado e visando à prevenção do delito.¹⁴⁵

¹³⁹ SCHMITT, Ricardo Augusto, op. cit., p. 92-93. Precedente em sentido oposto a este entendimento está assentado no HC 70.752-1/SP, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* 06.05.94.

¹⁴⁰ STJ, HC 81.262/SP, 5ª T., j. 16.10.07, rel. Min. Laurita Vaz, *DJ* 05.11.07; HC 49.253/DF, 6ª T., rel. Min. Paulo Medina, j. 30.05.06, *DJ* 01.08.06; HC 43.394/SP, 6ª T., j. 11.04.06, rel. Min. Paulo Medina, *DJ* 19.06.06.

¹⁴¹ STJ, HC 41532/SP, 5ª T., j. 19.04.2005, rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, *DJ* 16.05.05.

¹⁴² SCHMITT, Ricardo Augusto, op. cit., p. 93. BOSCHI, José Antonio Paganella, op. cit., p. 201, compartilha deste mesmo entendimento, qual seja, que não podem negativados os fatos cujo inquérito foi arquivado, ou no processo foi declarado extinta a punibilidade ou a sentença condenatória é pendente de recurso.

¹⁴³ SCHMITT, Ricardo Augusto, op. cit., p. 92.

¹⁴⁴ STM, Embargos 2001.01.048527-4/RS, j. 15.05.2001, rel. Min. Gen Ex Germano Arnoldi Pedrozo.

¹⁴⁵ SÉRGIO, Salomão; CORRÊA Jr., Alceu, op. cit. p. 263.

Adverte CEZAR R. BITENCOURT¹⁴⁶ ser princípio de hermenêutica que não se pode interpretar parágrafos e incisos em contradição com a cabeça do artigo. As alíneas *a* e *b* do § 2º do art. 33 referem-se tão-somente à pena de reclusão e a alínea *c* refere-se tanto à pena de reclusão e detenção. Nesta ordem de pensamento afirma Bitencourt¹⁴⁷ que quando a alínea *a* determina que a pena superior a oito anos deverá ser cumprida em regime fechado se refere à cabeça do art. 33. De igual modo a alínea *b* faculta ano reincidente com pena superior a 4 e não excedente a 8 anos cumprir a pena de reclusão em regime semiaberto. A reclusão acima de 4 anos pode ser cumprida desde o início em regime fechado ou aberto. O condenado reincidente ou não a pena superior a 4 anos só poderá iniciar em regime semiaberto. O não reincidente condenado a pena de *detenção* de até 4 anos em princípio cumpre desde o início em regime semiaberto ou aberto.

O não reincidente condenado a pena de *reclusão* de até 4 anos em princípio cumpre desde o início em regime fechado, semiaberto ou aberto. O juiz - conforme Bitencourt¹⁴⁸ - para fixar o regime inicial se serve das circunstâncias do art. 59.

Bitencourt discorda de Celso Delmanto quando afirma se adotados os critérios do § 2º do art. 33 chega-se à contraditória conclusão de que se condenado a qualquer quantidade de pena de detenção quando reincidente teria que iniciar em regime fechado, porque a pena de detenção só pode de iniciar em regime semiaberto ou aberto, nunca em regime fechado. O condenado a pena de reclusão superior a 4 e não excedente a 8 anos, não reincidente, pode iniciar em regime fechado ou semiaberto e até 4 anos, reincidente, pode iniciar no fechado ou semiaberto, dependendo dos critérios do art. 59 do CP.

Recentemente o STJ editou a Súmula 440: *“Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”*.

6. Conclusões

O juiz deve ter muito critérios na utilização das circunstâncias judiciais do art. 69 do Código Penal Militar atinado para os fins da pena estabelecidos pela melhor doutrina na falta de previsão da legislação penal militar.

A fixação do regime prisional deve resultar de análise criteriosa do juiz das circunstâncias judiciais para fins de prevenção e reprovação do crime. O juiz não pode considerar as circunstâncias judiciais favoráveis para efeito de fixação da pena-base no mínimo legal e na operação seguinte fixar o regime prisional mais severo do que a quantidade de pena indicar.

¹⁴⁶ BITENCOURT, Cezar R., *Tratado ...*, op. cit., v. 1, p. 478.

¹⁴⁷ BITENCOURT, Cezar R., *Tratado ...*, op. cit., v. 1, p. 478

¹⁴⁸ BITENCOURT, Cezar R., *Tratado ...*, op. cit., v. 1, p. 479.

Referências bibliográficas

- BATISTA, Nilo; ZAFFARONI, E. Raúl. *Direito penal brasileiro: teoria geral do direito penal*, 1º v., Rio de Janeiro: Revan, 3ª ed., 2006.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, trad. de J. Cretella e Agnes Cretella, 3ª ed. rev., 2006.
- BITENCOURT, Cezar R. *Tratado de Direito Penal*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2004.
- _____. *O arbítrio judicial na dosimetria penal*. RT 723/498.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Néilson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BOSCHI, José Antonio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. Porto Alegre, 1999.
- BRUNO, Aníbal. *Direito penal*. Rio de Janeiro: Forense, t. 1 e 2, 3ª ed., 1967.
- CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Sistemas de penas, dogmática jurídico-penal e política criminal*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.
- CARVALHO, Salo e CARVALHO, Amilton Bueno. *Aplicação da pena e garantismo*. Rio de Janeiro: Lúmem Júris, 2001
- COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal*. v. 1, 8ª ed. 2009.
- COSTA Jr., Paulo José da. *Curso de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 9ª ed. rev. e atualizada, 2008.
- DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal Comentado*. Rio de Janeiro: Renovar, 7ª ed., 2007.
- DEON, Marilise Ana. *A personalidade do agente como critério para fixação da pena-base*. Revista Jurídica n. 307, maio/2003
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2ª ed., rev. e ampl., 2006.
- FERREIRA, Gilberto. *Aplicação da pena*. Rio de Janeiro: Forense, 1988.
- FRANCO, Alberto Silva *et al.* *Código Penal e sua interpretação jurisprudencial*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., revista e ampliada, 1990.
- FREDERICO MARQUES, José. *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, v. 1 e 2, 1954.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*, v. I, II e III, Rio de Janeiro: Impetus, 6ª ed., 2006.
- GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito, Revista Brasileiro de Ciências Criminais n. 49, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul-ago, 2004, p. 89-138.
- HUNGRIA, Néilson. *Comentários ao Código Penal*. v. I-IX, Rio de Janeiro: Forense. 1958.

- JESUS, Damásio Evangelista de. *Direito Penal*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 28 ed., 2005.
- KANT, Immanuel. *A metafísica dos costumes*. 2 ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian. Trad. José Lamego, 2011.
- LYRA, Roberto. *Comentários ao Código de Penal*, v. 2, Rio de Janeiro: Forense, 1955.
- MARQUES, Oswaldo Henrique Duek. *Fundamentos da pena*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2000.
- MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*, v. I, São Paulo: Atlas, 21ª ed. 2004.
- NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de direito penal*, v. 1, São Paulo: Saraiva, 1999.
- NUCCI, Guilherme de Souza.
- _____. *Código penal comentado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 9ª ed. rev., atual e ampl, 2008.
- _____. *Individualização da pena*, 2ª ed., revista, ampliada e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PIACESI, Débora da Cunha, *Funcionalismo roxiniano e os fins da pena*. In: GRECO, Luís e LOBATO, Danilo (coord.). *Temas de direito penal - parte geral*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008
- PIERANGELI, José Henrique.
- _____. *Manual de direito penal brasileiro: parte especial*, v. 2, 2ª ed. rev., atual., ampl. e compl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro: parte geral*, v. 1, São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ª ed., revista e atualizada, 2002.
- PUIG, Santiago Mir. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- QUEIROZ, Paulo. *Direito penal: parte geral* São Paulo: Saraiva, 2ª ed. rev. aum., 2005.
- REALE Jr., Miguel. *Instituições de direito penal*, v. 1, Rio de Janeiro Forense, 2004.
- ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito penal: parte geral*. 2ª ed. revista, atualizada e ampliada, Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- ROXIN, Claus, *Problemas fundamentais de direito penal*, Lisboa: Vega, 2ª ed., 1993.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*, Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- SCHECARIA, Sérgio Salomão.
- _____. *Circunstâncias do crime*. Revista Brasileira de Ciências Criminais v. 23, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais.
- _____. *Cálculo da pena e dever de motivar*. Revista Brasileira de Ciências Criminais, v. 6, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais, São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 168-169.

- SHECAIRA, Sérgio Salomão; CORRÊA Jr., Alceu. *Teoria da pena: finalidades, direito positivo, jurisprudência e outros estudos de ciência criminal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença penal condenatória*. Salvador: Editora Jus Podivum, 2009.
- TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 5ª ed., 1994.
- VELO, Joe Tennyson. *Criminologia analítica: conceitos de psicologia analítica para uma hipótese etiológica em Criminológica*. São Paulo, IBCCIM, 1988, nº 7.
- VON LISZT, Franz. *A teoria finalista no direito penal*. Trad. Rolando Maria da Luz, Campinas: LZN Editora, 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio R.; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro: parte geral*, v. 1, 7ª ed., rev., atual., ampl. e compl., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

O combate à corrupção na Justiça Militar de São Paulo

Pedro Falabella Tavares de Lima*

A corrupção, que nos anima a aqui escrever, é aquela que toca ao leigo: compreende os crimes de *Concussão* e de *Corrupção Passiva*, que existem seja no Código Penal Brasileiro, seja no Código Penal Militar.

Esses dois crimes são daqueles que exigem determinada qualidade no sujeito ativo; têm eles, como pressuposto, ser o agente (ou sujeito ativo) *Funcionário Público*.

Podem-no praticar, é verdade, em coautoria, também os particulares. Na *Concussão*, o Servidor Público *exige* (ainda que veladamente), do particular, vantagem indevida; na *Corrupção Passiva*, *recebe* ou *aceita* essa vantagem.

Aqui, nessa curta *notícia* de como o Judiciário Militar paulista tem enfrentado o combate à prática desses dois delitos, trataremos de ambos, a um só tempo - como doutrinariamente, alguma vez, ocorre; até por haver, entre eles, um traço comum: o abuso do poder público, pelo Servidor do Estado, para a captação de dinheiro do particular.

Quem diz corrupção, no Brasil, fala (infelizmente) de grave realidade, que muito assola o normal funcionamento da Administração Pública, e, assim, muito avilta a própria razão teleológica do Estado, que é a consecução do bem comum.

Ensina NÉLSON HUNGRIA: a objetividade jurídica dos crimes de corrupção “*é o interesse da normalidade funcional, proibidade, prestígio, incolumidade e decoro da Administração Pública. (...) Em sentido lato, administração pública é a atividade do Estado, de par com a de outras entidades de direito público, na consecução de seus fins, quer no setor do Poder Executivo (administração pública, no sentido estrito), quer no do Legislativo ou do Judiciário. Segundo precisa definição de COSTA E SILVA, administração pública é o conjunto das funções exercidas pelos vários órgãos do Estado, em benefício do bem-estar e do desenvolvimento da sociedade*” (Comentários ao Código Penal, Vol IX, pág. 311; edição Revista Forense, RJ, 1958).

O combate à corrupção, no âmbito da Justiça criminal, não é nada novo na história da humanidade. Já na antiguidade clássica, encontramos-lo, na Grécia e em Roma (onde, inclusive, chegou a merecer, nalguns casos, a pena de morte).

Durante séculos, os dois delitos aqui sob análise foram tratados como se fossem um só. A palavra *concussão* deriva da latina *concutere*; etimologicamente, diz respeito à ação de sacudir uma árvore para dela fazer caírem seus frutos - o que muito ilustra, como curta parábola, a perversa natureza da corrupção.

No Brasil, esse mal alcançou, nos dias de hoje, níveis alarmantes, não sendo despropositado situá-lo entre as principais causas a impedir o há muito esperado desenvolvimento da Nação. Não houvesse tanta corrupção em nosso Serviço Público,

* Procurador de Justiça do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo.

menos pobreza e miséria haveriam, na sociedade brasileira, afirmamo-lo sem temer. A pobreza e a miséria são causas mediatas dos elevados índices de criminalidade, notadamente, dos elevados índices de crimes patrimoniais. Vale dizer: para nós, não houvesse tanta corrupção, não haveria tanto banditismo.

O Estado, como sabido, opera por seus agentes (os Servidores Públicos); se eles traem o interesse da coletividade, traem a razão de ser do próprio Estado; e disso, evidentemente, grave desordem social decorre.

Os trabalhos desenvolvidos na Justiça Militar do Estado de São Paulo, permitam-nos uma breve digressão, guardam estreita relação com o dia-a-dia de todos os que vivem no Estado de São Paulo. A insegurança decorrente da crescente criminalidade não se resolve, como muitos proclamam, com mais e mais Polícia nas ruas. Enquanto houver crescentes pobreza e desigualdade social, falta de perspectiva de uma existência digna para nossa população mais humilde, a questão da segurança pública não será equacionada. Como acima dito, a corrupção dos agentes do Estado está nas raízes da pobreza e, pois, da criminalidade.

Duas das faces desse cancro, a corrupção e a criminalidade, batem, primeiro, à porta da PM; depois, chegam ao Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo.

Voltemos a nossa humilde reflexão: o bem jurídico tutelado pelos delitos de corrupção é o interesse da administração pública, especificamente na observância dos deveres de probidade e eficiência dos seus agentes.

O eficiente combate à corrupção, em nosso amado País, deveria ser posto, pelos brasileiros de boa-fé, como absolutamente prioritário. Porém (e a reeleição de conhecidos corruptos fala disso grandemente), esse problema é tido como se algo de menor importância fosse. Entra ano, sai ano, não se altera a preocupante realidade da impunidade dos corruptos, nas esferas federal, estadual e municipal.

Grata surpresa pessoal tivemos, pois, quando, no início de 2004, chegamos ao Tribunal de Justiça Militar paulista, para perante ele representar o Ministério Público, em Segunda Instância. Aqui, diferentemente do que ocorre no restante do Judiciário de São Paulo, verificamos não haver a impunidade acima retratada.

Excelente e exemplar o trabalho desenvolvido, pela Polícia Militar de São Paulo, no que toca a combater a corrupção em seu seio; excelente e exemplar, ainda, o tratamento dado a isso nas duas Instâncias da Justiça Militar de nosso Estado.

Temos visto, no Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, um sem-fim de condenações em casos de concussão e corrupção passiva, para só citar esses dois delitos.

Seguramente, pela Primeira Instância da Justiça Militar do Estado de São Paulo, pelas suas três Auditorias (incumbidas de processar e julgar os crimes de competência dessa Casa), a cada ano, tramitam mais processos-crime por concussão e corrupção passiva do que por todas as demais Varas Criminais existentes no Estado de São Paulo; da mesma forma, seguramente, no Tribunal de Justiça Militar paulista, em números absolutos, há mais trânsito em julgado de condenações criminais por esses delitos de corrupção do que em todo o restante da Segunda Instância do Judiciário de nosso Estado.

Isso se dá não porque, em nossa PM, haja mais corruptos do que nas outras esferas de Poder da Administração direta e indireta do País. Não! Dá-se, assim, apenas,

porque: no âmbito da Polícia Judiciária militar paulista e, via de consequência, no âmbito da Justiça Militar de São Paulo, a corrupção existente é combatida de modo rigoroso e exemplar.

Na Justiça Militar paulista, têm, os Membros do Ministério Público, notadamente após o advento da Reforma do Judiciário (EC 45/04), oportunidade não só de acompanhar Inquéritos Policiais Militares e Processos-crime, como também os feitos de natureza administrativo-disciplinar voltados à repressão desse mesmo tipo de atividade corrupta, vista sobre a ótica do desvio ético e funcional. Daí termos segurança para atestar sobre a existência dessa exemplar qualidade de zelo pelo interesse público ao início referido. Muitas vezes, antes mesmo de concluído o processo-crime, já foi o Policial corrupto expulso da organização militar paulista, por força de decisão havida no âmbito do correlato processo administrativo disciplinar.

O Regulamento Disciplinar da PM paulista (dito RDPM), instituído pela Lei Complementar 893/2001, estabelece o dever, aos Comandantes de Unidade e de Subunidade, “*fiscalizar os subordinados que apresentarem sinais exteriores de riqueza, incompatíveis com a remuneração do respectivo cargo, fazendo-os comprovar a origem de seus bens, mediante instauração de procedimento administrativo*” (Artigo 8º, § 2º). Já o Artigo 13, do mesmo RDPM, estabelece ser falta grave “*deixar de fiscalizar o subordinado que apresentar sinais exteriores de riqueza incompatíveis com a remuneração do cargo*” (nº 28). Estas normas dizem por si mesmas; dispensam comentários!

A corrupção, no Brasil, é necessário frisar, tem origem, historicamente até, no atendimento de interesses escusos dos seguimentos mais favorecidos de nossa sociedade, que, assim, impõem, ao País e a sua modesta gente, grandes e conhecidíssimos infortúnios; propaga-se, depois, como erva daninha, por todos os cantos da Nação.

MAGALHÃES NORONHA, sobre o delito de corrupção passiva, afirmou ser “*grave e generalizado mal que acomete a administração pública. Compreende-se sua existência, máxime na civilização burguesa, em que a busca do ouro é preocupação absorvente do indivíduo, que, frequentemente, não escolhe meios para obtê-lo. O tráfico da função é expediente para atingir esse objetivo, pelo funcionário inescrupuloso, que, então a degrada e prostitui. Auferindo proveitos com sua conduta torpe, é ele verdadeiro proxeneta da função*” (Direito Penal, 4º Vol., pág. 337, edição Saraiva, SP, 1962).

Já se disse, com acerto, que a Justiça, em particular, e o Estado, como um todo, não operando eficientemente, servem bem à quem *vive muito bem*; servem bem a quem ama sonegar impostos, lucrar com a fraude de concorrências, locupletar-se com o desvio do dinheiro público etc.

A corrupção que há, no seio da PM paulista, não é senão a pequena descendente dessa grande corrupção nacional; é aquela que está, por exemplo, no deixar de aplicar sanção ao autor da infração de trânsito, deste extorquindo dinheiro; é aquela que está no deixar de prender o pequeno delinquente, com este mercadejando o dever funcional.

Essa pequena corrupção, como dito, não é (de modo algum) tolerada, no seio da PM e da Justiça Militar paulista; esse firme combate é semente que enche de orgulho quem ama a Justiça e ama o Brasil.

Sabido que um feixe de energia organizada que atravessa um sistema caótico organiza esse sistema. Portanto: de onde partimos, desse oásis de combate à corrupção hoje existente na Justiça Militar paulista, pode-se alcançar a redenção nacional.

Bem por isso, este tema foi objeto de tese por nós apresentada perante o III Congresso do Ministério Público do Estado de São Paulo (O Ministério Público e a Justiça Militar – desafios e perspectivas), que mereceu aprovação unânime.

Ademais: como a pequena corrupção não é tolerada, no seio da PM paulista, quando ocorre caso de corrupção maior (o que é raro), já que *o cachimbo faz a boca torta*, também essa tem sido exemplarmente combatida pela milícia de São Paulo e, assim, por sua Justiça Militar.

Não é grave haver criminosos na Corporação Militar paulista; é apenas humano. A própria existência de um Código Penal Militar só encontra razão de ser na previsível existência de maus militares; grave seria não reprimir a prática dos delitos nele previstos.

A virtude do sincero, intenso e eficiente combate à corrupção levado a cabo na PM e na Justiça Militar de São Paulo é a própria razão de ser deste trabalho.

Fechando o ciclo dessa excelência, merece destaque, ainda, a qualidade do Presídio Militar Romão Gomes, onde cumprem pena privativa de liberdade os criminosos condenados na Justiça Militar de São Paulo. Ali não se verifica o abarrotamento de presos; há preocupação constante com o sadio desenvolvimento do Interno; vemos ampla oferta de trabalho que reeduca e efetiva progressão, no curso do cumprimento das penas privativas de liberdade.

Numa sociedade como a brasileira, tão distante de uma organização minimamente satisfatória, no que toca a combater o chamado *mondo do crime*, é gratificante ver que essa ilha de qualidade, para a qual procuramos, aqui, chamar a atenção, não foi, entropicamente, contaminada.

Se é possível, para a Polícia e para a Justiça Militar, em São Paulo, desempenho tão singular e tão elogiável, isso também será possível, um dia, espera-se, para a sociedade brasileira como um todo.

Tranquilos, podemos afirmar: seguisse, a administração civil, os passos da Polícia Militar e da Justiça Militar de São Paulo, não veríamos nosso País e nosso Estado mergulhados no *mar de lama* da corrupção que cotidianamente é notícia, na imprensa brasileira; nem veríamos nossos presídios serem chamados *escolas de delinquência*. Combatêssemos, na administração civil, a corrupção, como a combatem a Polícia e a Justiça militares de São Paulo, mesmo a pobreza e a miséria brasileiras não existiriam prósperas, como hoje existem.

A inexistência da motivação para a caracterização do crime militar – um estudo da jurisprudência

Ronaldo João Roth*

Generalidades

O tema é *instigante* e *útil* para os operadores do Direito, em especial, àqueles que lidam com o Direito Militar e decerto permitirá ao leitor interessado *identificar a caracterização* do crime militar de uma maneira *objetiva, segura, sem oscilação, distinguindo e excluindo* aquele, no caso concreto, do crime comum.

De se verificar a existência de recente *jurisprudência minoritária do ano de 2011*, do Superior Tribunal de Justiça¹ e do Supremo Tribunal Federal², influenciada

* Ronaldo João Roth, Juiz de Direito da 1ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo, Especialista em Processo Penal pelas Faculdades Integradas de Guarulhos (FIG-UNIMESP), Membro da Academia Mineira de Direito Militar, Coordenador e Professor do Curso de Pós-Graduação de Direito Militar pela Escola Paulista de Direito (EPD), Professor convidado da Escola Paulista da Magistratura, Professor convidado do Curso de Pós-Graduação em Direito Penal e Direito Processual pela Universidade Mackenzie.

¹ STJ: “HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO COMETIDO POR MILITAR DA ATIVA CONTRA OUTRO MILITAR DO CORPO DE BOMBEIROS DA ATIVA, AMBOS FORA DO EXERCÍCIO DE SUAS FUNÇÕES. **MOTIVO DO CRIME RELACIONADO À VINGANÇA PARTICULAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA COMUM. ORDEM DENEGADA.** 1. A tese defendida na presente impetração encontra-se na direção oposta ao entendimento pacificado no âmbito da Terceira Seção desta Corte, firme no sentido de **competir ao Tribunal do Júri o julgamento de homicídio doloso praticado por militar contra outro militar, ambos fora do exercício de suas funções.** Precedentes. 2. Ademais, **os motivos que ensejaram ao crime dizem respeito à vingança particular do Réu, o que afasta a incidência do art. 9º do Código Penal Militar.** 3. Ordem denegada.” (STJ – 5ª T. - HC 163752/RJ – Rel. Min. Laurita Vaz – J. 9.08.11).

² STF: “PROCESSUAL MILITAR. HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO PRATICADO CONTRA CÔNJUGE POR MOTIVOS ALHEIOS ÀS FUNÇÕES MILITARES, FORA DE SITUAÇÃO DE ATIVIDADE E DE LOCAL SUJEITO À ADMINISTRAÇÃO MILITAR. **CRIME MILITAR DESCARACTERIZADO** (ART. 9º, II, “a”, DO CPM). **COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. ORDEM CONCEDIDA.** 1. A competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes contra a vida prevalece sobre a da Justiça Militar em se tratando de fato circunscrito ao âmbito privado, sem nexos relevantes com as atividades castrenses. 2. A doutrina clássica revela a virtude da sua justeza ao asseverar que *“o fôro militar não é propriamente para os crimes dos militares, sim para os crimes militares; porque, no militar, há também o homem, o cidadão, e os factos delictuosos praticados nesta qualidade caem sob a alçada da (...) comunhão civil; o fôro especial é só para o crime que elle praticar como soldado, ut miles, na phrase do jurisconsulto romano. Affrontaria o princípio da igualdade o arredarse da justiça ordinária o processo e julgamento de crimes communs para uma jurisdição especial e de excepção.”* (Constituição Federal de 1891, comentários por João Barbalho U. C., ed. Fac-similar, Brasília: Senado Federal – Secretaria de Documentação e Informação, 1992, p. 343, nota ao art. 77). 3. Os militares, assim como as demais pessoas, têm a sua vida privada, familiar e conjugal, regidas pelas normas do Direito Comum (HC nº 58.883/RJ, rel. Min. Soares Muñoz). 4. Essa necessária congruência entre a definição legal do crime militar e as razões da existência da Justiça Militar é o critério básico, implícito na Constituição, a impedir a subtração arbitrária da Justiça comum de delitos que não tenham conexão com a vida castrense (Recurso Extraordinário nº 122.706, rel. Min. Sepúlveda Pertence). 5. **In casu, embora a paciente e a vítima fossem militares à época, nenhum deles estava em serviço e o crime não foi praticado em lugar sujeito à administração militar, sendo certo que o móvel do crime foi a falência do casamento**

na **exigência de motivação, de razões do crime vinculados ao serviço militar, limitando o reconhecimento** do crime militar, daí a razão do tema proposto.

Pois bem, comecemos por afirmar que a *motivação*³ do crime ou os *motivos*⁴ que o desencadeiam são *decisivos* para se determinar se uma conduta foi *dolosa* ou *culposa*, se foi *intencional* ou *não*, *distinguindo* a capitulação de um fato típico de *outro*, podendo *agravar* o crime, **ou até mesmo definir a sua natureza se o crime é político** ou, não o sendo, se integrante de outra categoria de crime: *comum*, de *responsabilidade*, *eleitoral*, *militar*, e, em todos os casos, por consequência, *definindo a competência* do Órgão do Poder Judiciário que irá conhecer do fato.

Conforme leciona CEZAR ROBERTO BITENCOURT, “*pertencem também ao tipo subjetivo os motivos de agir; embora, como afirmava Maurach, nem sempre seja clara a diferença entre motivos e intenções: o motivo impulsiona, a intenção atrai. A verdade é que os motivos têm caracteres anímicos e impulsionam as realizações de condutas, como, por exemplo, motivo torpe, motivo fútil, motivo nobre, relevante valor social ou moral etc.. Os motivos constituem a fonte motriz da vontade criminosa. Como afirmava Pedro Vergara, “os motivos determinantes da ação constituem toda a soma dos fatores que integram a personalidade humana e são suscitados por uma representação cuja ideomotricidade tem o poder de fazer convergir, para uma só direção, todas as nossas forças psíquicas.”*”⁵

Assim, a Constituição Federal estabelece que os crimes **dolosos** contra a vida são crimes de competência do Tribunal do Júri (art. 5º, inciso XXXVIII) não deixando nenhuma dúvida de que a *motivação* do crime é *decisiva* para não só determinar o *tipo* de crime (doloso), mas, em consequência, também que *aquele tipo de crime* contra bem jurídico *vida* é de competência do Júri.

De igual maneira, estabeleceu que o crime *militar* será conhecido pelo Júri *quando praticado contra a vítima for civil* (art. 125, § 4º, da CF, por força da EC nº 45/04), mais uma vez reafirmando o constituinte que a *motivação* do crime **doloso** contra o bem jurídico *vida*, embora *militar* o crime, será de competência do Júri. E isso é tão certo que, **se outra for à intenção do agente**, de não atentar contra a vida,

entre ambos, bem como o intuito da paciente de substituir pensão alimentícia cessada judicialmente por pensão por morte e de obter indenização do seguro de vida, o que é o suficiente para afastar a incidência do art. 9º, II, “a” do CPM. 6. Parecer do Ministério Público Federal pela concessão da ordem. 7. Habeas corpus concedido para declarar a incompetência da Justiça Militar.” (STF – Primeira Turma - *HABEAS CORPUS* 103.812/SP – Rel. MIN. CÁRMEN LÚCIA – Redator do Acórdão, Min. LUIZ FUX – J. 29.11.11).

³ Segundo DE PLÁCIDO E SILVA, **motivação** é a “*Justificação ou alegação em que se procura dar as razões por que se fez ou se determinou a feitura de qualquer coisa. É a apresentação dos motivos, que determinam a medida, que provocaram a solução, ou que possam justificar a pretensão.*” (Vocabulário Jurídico, Forense, Rio de Janeiro, 2008, pág. 934).

⁴ Segundo o mesmo autor, mesma Obra e página, **motivo**, “*quer exprimir tudo que determina o movimento. É, assim que também se toma a palavra móvel, como determinadora do movimento ou da motibilidade de alguma coisa, em sentido idêntico a motivo. Motivo, pois, quer significar a causa, a origem, o princípio das próprias coisas e sua razão de ser. (...)*”

⁵ Cezar Roberto Bitencourt, “Tratado de Direito Penal”, Saraiva, São Paulo, 2008, pág. 275.

mas sim contra a integridade física da vítima, **não haverá o crime de competência do Júri** (exemplo: homicídio), **mas sim da Justiça Militar estadual** (exemplo: lesão corporal), ou, **se não for intencional a conduta contra a vida**, como ocorre nos crimes culposos, o crime, *mesmo praticado contra civil*, continuará sendo crime militar, porém, de *exclusiva* competência da Justiça Militar estadual.

Do parágrafo anterior, outra conclusão surge: o crime militar *doloso* contra a *vida de militar* é inequivocamente de competência da Justiça Militar *estadual*. Em outras palavras, a *motivação do crime*, de atentar contra a vida da vítima, é o mesmo tipo de crime mencionado, todavia, **a qualidade da vítima modifica a competência do Órgão do Poder Judiciário para conhecê-lo**, ou seja, nesse caso será competente apenas a Justiça Militar *estadual*.

Note-se que se o **militar** praticar um crime contra a vida de outro **militar**, porém *sem a intenção de atingir esse resultado*, o crime será culposo, porém, continuará sendo de competência da Justiça Militar estadual. Nesse sentido até a dicção da Súmula 6 do **Superior Tribunal de Justiça**: “*Compete a justiça comum estadual processar e julgar delito decorrente de acidente de trânsito envolvendo viatura de polícia militar, salvo se autor e vítima forem policiais militares em situação de atividade.*”

Assim, de se distinguir que, no caso do crime militar atentar contra a vida da vítima, *se ela for civil e o crime for doloso*, o crime será de competência do Júri; se ela for militar, tanto faz se doloso ou culposo, o crime será de competência da Justiça Militar *estadual*. E, se o crime militar for **culposo** e a vítima for civil, a competência é da Justiça Militar estadual, também.⁶

Como se vê, a Constituição Federal *não exige motivação para a caracterização do crime militar*, mas apenas estabeleceu que **a definição de crime militar depende de lei** (art. 5º, inciso LXI e art. 124 e 125, § 4º, da CF), e, ainda, **exclui** também por critério **objetivo** o processamento e julgamento de **crime doloso contra a vida de civil** praticado pelo militar estadual.

Dito de outra forma, apenas pelo **critério objetivo**, conseguimos **distinguir** o crime **militar** do crime *comum doloso contra a vida de civil*, **sem exigência de motivação**. Esse fenômeno do ordenamento jurídico estabelecer o **critério objetivo** para distinguir a ocorrência de um crime **militar** do crime **comum**, vem estampado nas hipóteses seguras do artigo 9º, II e III, do Código Penal Militar (CPM).

A identificação, *por esse procedimento* que é o adotado pela Lei, *se torna até facilitada* pelo próprio ordenamento jurídico, todavia, o surgimento de *critérios outros* instituídos pelo intérprete, fugindo completamente do que estabeleceu a Carta Magna e a lei infraconstitucional, acaba trazendo *delongadas discussões*

⁶ No caso, a **Súmula 6 do STJ** padece de *parcial* ilegalidade e inconstitucionalidade, pois contempla de maneira correta a hipótese prevista no art. 9º, inciso II, alínea “a”, do CPM, quando trata do crime de militar contra militar, ambos em atividade, porém, colide frontalmente com a hipótese prevista no art. 9º, alínea “c”, do CPM. Essa matéria foi abordada no artigo: “*Crime militar versus crime comum: identificação e conflito aparente de normas*”, do Livro “Direito Militar – Doutrinas e Aplicações”, Coordenada por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Elsevier, 2011, págs. 503/520.

como se vê na prática, e, às vezes, criando a *insegurança jurídica*, quando acolhido *fundamentos* fora da lei.

Para corroborar o afirmado, veja que dentre os crimes *político, eleitoral, de responsabilidade, militar, comum*, **apenas para o primeiro** o ordenamento jurídico positivo **estabeleceu a exigência de motivação**, senão, vejamos.

O **crime político** é aquele definido na Lei de Segurança Nacional (Lei nº 7.170/83), o qual, **expressamente exige motivação do agente** para sua caracterização *quando o tipo penal estiver previsto em outra legislação penal* (art. 12). Nesse sentido já decidiu o **Pleno do Supremo Tribunal Federal** que, para **configuração do crime político**, previsto no parágrafo único do art. 12 da Lei nº 7.170/83, **é necessário, além da motivação e os objetivos políticos do agente, que tenha havido lesão real ou potencial aos bens jurídicos indicados no art. 1º da citada Lei 7.170/83**. Precedente: RCR 1.468-RJ, Acórdão do Min. Maurício Corrêa, Plenário, 23.3.2000” (RC 1470/PR – Paraná - Recurso Criminal - Relator Min. Carlos Velloso - Julgamento: 12/03/2002 - Segunda Turma – DJ. 19-04-2002).

A Lei nº 7.170/83 é a **Lei de Segurança Nacional** e prevê que os crimes, por ela disciplinados, são os que causam lesão ou expõem a perigo de lesão: *I - a integridade territorial e a soberania nacional; II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; e III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União (art. 1º)*, e quando o fato estiver também previsto como crime no Código Penal, no Código Penal Militar ou em leis especiais, levar-se-ão em conta, para aplicação dessa lei: *I - a motivação e os objetivos do agente; II - a lesão real ou potencial aos bens jurídicos mencionados no artigo anterior (art. 2º)*.

Como se percebe, o **crime político**, nos termos definidos pela **Lei de Segurança Nacional** e nos termos decididos pelo Supremo Tribunal Federal, são aqueles que, quando previstos naquela Lei e de igual modo em outras leis (crimes impróprios), somente irão se caracterizar existindo **além da motivação e os objetivos políticos do agente, que tenha havido também lesão real ou potencial aos bens jurídicos indicados no art. 1º da citada Lei 7.170/83**.

Note-se que expressamente **é a Lei que assim exige, além da motivação e dos objetivos do agente**, também a existência de lesão real ou potencial aos bens jurídicos elencados no art. 1º da Lei de Segurança Nacional (*I - a integridade territorial e a soberania nacional; II - o regime representativo e democrático, a Federação e o Estado de Direito; e III - a pessoa dos chefes dos Poderes da União*), requisitos estes que o **Pleno do Supremo Tribunal Federal** acolheu fixando a sua jurisprudência.

Os crimes *eleitorais*, que são aqueles que visam a proteger o exercício dos direitos políticos e a normalidade das eleições, a lisura e correção dos pleitos, de forma a garantir, o mais possível, a legítima escolha dos governantes e dos representantes do povo junto aos órgãos legislativos, têm previsão no **Código Eleitoral** (Lei nº 4.737, de 15 de julho de 1965), nos arts. 289/354, e em **leis esparsas**, e esses também *não exigem, para sua configuração, a motivação por parte do agente*, prevalecendo naquele Estatuto o critério *objetivo* para configuração do crime.

Os *crimes de responsabilidade* são as infrações previstas no Decreto-Lei 201/67 denominadas infrações *político-administrativas*, também chamadas de ‘*crimes políticos*’ (art. 4º) que consistem em crimes *comuns* ou *funcionais* praticados por prefeitos municipais (art. 1º) (RT 726/586). Assim, os denominados *crimes políticos* são infrações cuja pena é a *perda do mandato (impeachment)* e são julgadas pela Câmara de Vereadores (art. 4º), enquanto as infrações *comuns* ou *funcionais* são julgadas pela Justiça Comum. Norteia a caracterização dessas *duas* categorias de infração o *critério objetivo* tão somente.

Veja que a Constituição Federal prevê o **crime de responsabilidade** para o Presidente da República (art. 85) e para os Ministros de Estado (art. 50), que se constituem *infrações funcionais e político-administrativas*⁷, as quais **são estabelecidas de maneira objetiva e não exigindo a Lei Maior nenhuma motivação para se caracterizar**. Assim, tanto a **Lei nº 1.079/50**, que traz a tipificação, processamento e julgamento do Presidente da República, dos Ministros de Estado, dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador Geral da República, dos Governadores e Secretários dos Estados, **nos crimes de responsabilidade**, como o **Decreto-Lei nº 201/67** que cuida dos **crimes de responsabilidade** dos Prefeitos Municipais e Secretários Municipais, *não exigem a motivação* para aqueles crimes, bastando a **conduta objetiva**.

Os **crimes militares**, como afirmado, são aqueles previstos no Código Penal Militar (CPM) e que se subdividem em crimes *próprios* (previstos somente no CPM) e os *impróprios* (previstos igualmente no CP Comum), cujo critério, reprise-se, também se norteia pelo **critério objetivo**, se caracteriza em razão da pessoa (*ratione persone*), em razão do lugar (*ratione loci*), em razão da matéria (*ratione materiae*) ou em razão do tempo (*ratione temporis*), de acordo com as hipóteses definidas no art. 9º do CPM⁸.

O **crime comum**, *distinguindo-se do crime contra lei de segurança nacional, do crime eleitoral, do crime de responsabilidade e do crime militar, é aquele previsto na legislação penal comum* (Código Penal e leis esparsas), os quais também se caracterizam pelo critério *objetivo*, cabendo destaque que *os crimes dolosos contra a vida* (categoria de delitos definidos no Código Penal Comum) são julgados pelo Tribunal do Júri (Tribunal Popular), ao passo que os demais crimes pelo juiz de direito. Assim, veja que o *elemento subjetivo* (dolo ou culpa) é que definirá se um crime de *homicídio* será julgado pelo Tribunal do Júri (crime doloso), ou pelo Juiz de Direito (crime culposo).

Às vezes o sentido legal do termo tem significado diferente sob a ótica constitucional, como já decidiu o STF, “*a expressão crime comum, na linguagem constitucional, é usada em contraposição aos impropriamente chamados crimes de responsabilidade, cuja sanção é política, e abrange, por conseguinte, todo e qualquer delito, entre outros os crimes eleitorais.*” (CJ nº 6.971/DF – Rel.

⁷ Eugênio Pacelli Oliveira. *Curso de Processo Penal*. 10 ed. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2008, ps. 107-108.

⁸ Jorge Cesar de Assis, “Crime militar e crime comum”, do Livro “Caderno Jurídico “Direito Penal Militar e Processual Penal Militar” da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, São Paulo, Ano 3, Vol. 6, nº 3, jul./dez., 2004, pág. 81.

Min. Paulo Brossard – RTJ 138/93) e a locução constitucional crimes comuns “*exprime conceito cujo alcance, ao compreender todas as infrações penais (RTJ 91/293), apenas contrapõe-se, no discurso normativo utilizado pelo legislador constituinte, ao sentido veiculado pela figura jurídica do assim denominado crime de responsabilidade (RTJ 32/614 – 33/590)*” (PET 673-9/RJ – Rel. Min. Celso de Mello – J. 01.07.93).

A Constituição Federal trata dos **crimes dolosos contra a vida como de competência do Tribunal do Júri** (art. 5º, inciso XXXVIII, da CF); das **infrações penais comuns** e nos **crimes de responsabilidade** de competência do Supremo Tribunal Federal quando praticados pelas autoridades como prerrogativa de foro (art. 102, I, “b” e “c”, da CF), dos **crimes comuns** cuja competência seja do Superior Tribunal de Justiça para as autoridades com prerrogativa de foro (art. 105, I, “a”, da CF); dos **crimes de responsabilidade** cuja competência seja do Senado Federal para as autoridades com prerrogativa de foro (art. 52, I e II, da CF); do **crime político** como de competência dos juízes federais (art. 109, IV, da CF) e com recurso ordinário ao Supremo Tribunal Federal (art. 102, II, “b”, da CF); dos **crimes comuns** e de **responsabilidade** cuja competência seja dos Tribunais Federais as autoridades com prerrogativa de foro (art. 108, I, “a”, da CF) e do **crime militar** (art. 124 e 125, § 4º, da CF) cuja competência é atribuída à Justiça Militar, todavia, a nossa Lei Maior **não definiu** nenhum desses crimes, deixando essa tarefa para a lei infraconstitucional.

Diante disso, no caso concreto decerto surgirão dúvidas para se identificar se um crime é *político* ou se é *eleitoral*; **se é um crime é comum ou se um crime é militar**, etc., devendo o intérprete se utilizar dos mecanismos legais, até por uma questão de **segurança jurídica**, para *distinguir* uma situação de outra, sob pena de considerar um pelo outro.

Assim, não há de se confundir crime político com crime eleitoral, pois este vem contemplado quando previstos exclusivamente na legislação eleitoral (*crimes próprios*), ou quando previstos nesta e também em *outras* legislações penais (*crimes impróprios*), quando praticados contra direitos e garantias postas na legislação eleitoral; agregam, portanto, um elemento diferenciador que atinge os bens jurídicos protegidos pela legislação eleitoral. Já o **crime político** se caracteriza quando atenta contra a soberania, a integridade e a estrutura constitucional ou o regime político do Brasil, visados pelo agente na sua conduta (motivação). **É a infração que atinge a organização do Estado como um todo, minando os fundamentos dos poderes constituídos.**⁹

Os *crimes políticos*, segundo FLÁVIA RIBEIRO, “*dividem-se em duas categorias, estando a primeira ocupada pelos crimes contra a segurança nacional e a ordem política e social, e a segunda referir-se-ia aos crimes eleitorais*”¹⁰ A competência para conhecer desses crimes é distinta, cabendo os primeiros à Justiça

⁹ Sérgio Souza Botelho “Sobre crimes de responsabilidade e crimes políticos” http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7863 (capturado em 29.01.12).

¹⁰ Flávia Ribeiro, “Direito Eleitoral”, Forense, 1976, pág. 464, *apud* “Crimes eleitorais”, capturado em 21.02.12 no endereço <http://www.webartigos.com/artigos/crimes-eleitorais/7100/>

Federal e os segundos à Justiça Eleitoral. No mesmo sentido, JOÃO BATISTA FAGUNDES, leciona que “o crime político é o gênero do qual o crime contra a segurança nacional é a espécie. Um crime contra a segurança externa do país é, tipicamente, um crime contra a Segurança Nacional. Mas nem todo o crime contra a segurança nacional será, necessariamente, um crime contra a segurança externa do País. Já o crime eleitoral é um crime tipicamente político, que não se confunde com um atentado à Segurança Nacional. Um e outro geram consequências políticas, porque trazem reflexos negativos à estabilidade da sociedade política, que é o Estado. Mas são condutas inteiramente diversas, cometidas por agentes com pensamentos diversos, que exigem sanções também de natureza diversas.”¹¹

Assim, a exemplo dos crimes acima mencionados, da mesma forma, não há de se confundir um **crime comum** com um **crime militar**. Se o crime **militar** é **próprio**, nenhuma dificuldade haverá, pois, como se disse, sua previsão é exclusiva no CPM. Se o crime **militar** for **impróprio**, dúvidas poderão surgir, todavia, o ordenamento jurídico dispõe de regras objetivas e definidas para a identificação daquele, de acordo com o que dispõe o art. 9º do CPM, excluindo o crime comum¹².

Portanto, num crime de **homicídio doloso**, quando essa conduta consistirá num crime **político, militar** ou **comum**?

A resposta necessariamente nos remeterá aos diversos diplomas legais que tratam de cada categoria desses crimes e somente o critério legal é aquele que permitirá, com segurança jurídica, *distinguir* uma hipótese das outras.

Se o homicídio *doloso* for praticado contra o Chefe de alguns dos Poderes da República, o delito será um **crime político**, pois viola a *Lei de Segurança Nacional* (Art. 29); *excluída a hipótese de crime político*, esse crime pode ser um crime *militar* ou *comum*. O crime militar ocorrerá desde que previsto no Código Penal Militar, por exemplo, na hipótese do crime *inter milites*. O crime será *comum* desde que a hipótese não albergue o crime ser *político*, ou *militar*.

No entanto, para *distinguirmos* se o homicídio é crime *político*, ou *militar* ou *comum*, há de se conferir se existe a *motivação política* (art. 2º, I, da Lei nº 7.170/83), não havendo essa, e, portanto, descartada a hipótese de crime político, então passamos a *distinção* do crime *militar* do crime *comum*, agora, não mais pela motivação do crime, mas por critérios *objetivos* da lei.

Cita como exemplo JOÃO BATISTA FAGUNDES, “o atentado, com motivação política, contra a integridade física do Presidente da República, que não encontra adequação nos artigos do Código Penal, nem no Código Penal Militar. É certo que o Código Penal Comum prevê crimes diversos, dentre os quais o de lesão corporal, ameaça, homicídio, etc. Mas sendo um Código Penal Comum, não trata de casos especiais, mas de crimes comuns. E o atentado porventura praticado tendo por alvo

¹¹ João Batista Fagundes, “O crime político no Brasil”, Revista “Direito Militar”, AMAJME, Florianópolis, 2010, nº 85, págs. 9/13.

¹² Ronaldo João Roth, “Crimes militar versus crimes comum: identificação e conflito aparente de normas”, in “Direito Militar – Doutrinas e Aplicações”, Elsevier, Coordenado por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, 2011, págs. 503/520.

*a pessoa do Presidente da República não é um crime contra um cidadão comum, mas contra uma instituição responsável pela estabilidade política do Brasil inteiro.*¹³

Note-se, como visto, que sempre haverá o **critério legal** para distinguir, como no caso do **homicídio**, se o crime é *político, militar* ou *comum*. E esse critério *legal* é aquele que pode ser desvirtuado *se nele for inserido outros requisitos não previstos em lei*, tal qual a **motivação**, esta cabível **apenas** no crime *político* que o distingue do crime *militar*, ou *comum*. Perfunctoriamente, portanto, podemos afirmar que **apenas o crime político exige a motivação para se caracterizar, distinguindo-se** daqueles outros *dois* (militar e comum).

Passemos, então, à *distinção* do crime **militar** em relação ao crime **comum**. Vemos, pois, que a regra é a **não exigência de motivação**, *diferentemente do que ocorre com os crimes políticos ou da Lei de Segurança Nacional*, quando o tipo penal impróprio vem previsto em outra legislação, como se demonstrou.

Assim, contextualizando o tema sugerido neste trabalho, há de se perguntar: *a Constituição Federal ou a lei infraconstitucional exige motivação para a caracterização do crime militar?* E no caso de não exigir *motivação* para caracterização do crime militar, há *sustentação* no acolhimento da *jurisprudência* que exige aquela *força anímica* para caracterização do crime militar como forma de melhor interpretação da lei?

Essas indagações são importantes, até para posicionamentos futuros, de forma a permitir o emprego de *mecanismos seguros* para não só haver *interpretação adequada* da Lei, mas a *identificação e reconhecimento* do crime *militar*, quando ele efetivamente ocorra, **afastando**, assim, **as distorções** da *jurisprudência* minoritária que procura **limitar** a caracterização do **crime militar**.

Desenvolvimento. Como estabelece a Lei Maior (art. 5º, LXI, 124 e 125, §4º), o crime *militar* deve ser definido por lei. **A lei que define o crime militar é o Código Penal Militar (CPM).**

Portanto, *duas* são as categorias de crimes militares: os **próprios** (*existentes unicamente no CPM*) e os **impróprios** (*existentes de igual modo no CPM e na legislação penal comum*). Quanto aos *primeiros*, basta a sua prática subsumindo-se ao tipo penal correspondente (por exemplo: *deserção, violência contra superior, dormir em serviço, embriaguez ao serviço, desrespeito a superior* etc.). Quanto aos *segundos*, a **exigência é o preenchimento do binômio, estar previsto na Parte Especial e se amoldar numa das hipóteses da Parte Geral do CPM** (do art. 9º, II) (por exemplo: *homicídio, lesão corporal, calúnia, furto, peculato* etc).

Essa também é a lição de CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES, “*Dessa forma, ao ocorrer um fato em tese criminoso, a primeira medida é saber se a conduta verificada está tipificada na Parte Especial do Código Penal Militar, de modo a enquadrar as circunstâncias de fato à norma incriminadora. Assim, v. g., no serviço de Policiamento Ostensivo, um policial militar mata alguém. A primeira atitude a ser adotada é verificar-se, nos crimes militares em tempo de paz (caso não haja a*

¹³ João Batista Fagundes, Op. cit. pág. 13.

situação excepcional de guerra declarada), o ato de matar alguém está previsto no Código Penal Militar. O intérprete chegará à conclusão de que o art. 205 tipifica o fato, havendo a possibilidade da ocorrência de ilícito penal militar. Contudo, essa tipificação, por si só, não basta para caracterizar o fato como crime militar, mesmo porque o art. 121 do CP também tipifica a conduta, podendo, da mesma forma, haver o ilícito penal comum. Nesse momento surge a necessidade da análise sistemática do Código Penal Militar, buscando a complementação do tipo legal previsto na Parte Especial, pelo art. 9º, que enumera as circunstâncias em que o ilícito disposto na Parte Especial se caracterizará como militar (tipicidade indireta). Obviamente, se o delito só estiver capitulado no Código Penal Militar, bastará, em regra, para que haja crime militar, a subsunção de acordo com os elementos dos tipos legais, constantes da Parte Especial, salvo se o agente for militar inativo (reformado ou da reserva remunerada) ou civil, quando será imprescindível a complementação pelo inciso III do art. 9º.”¹⁴

Assim, por exemplo, o crime de *lesão corporal* (art. 303 do CPM) só se configurará se o militar **da ativa** praticá-lo: a) **contra militar em igualdade de condições na atividade** (art. 9º, II, “a”, do CPM); b) **contra militar inativo ou contra civil no interior de dependência sobre administração militar** (art. 9º, II, “b”, do CPM); c) **em serviço, ou atuando em razão da função, ainda que fora de local sob administração militar, contra civil ou militar inativo** (art. 9º, II, “c”, do CPM); d) **durante o período de manobras ou exercício, contra militar inativo ou civil** (art. 9º, II, “d”, do CPM).

Nessas hipóteses todas as circunstâncias da Parte Geral do CPM (art.9º, II) **são de natureza objetiva** não havendo aí **nenhuma exigência de motivação, de que o motivo ou a razão do crime esteja relacionado com o serviço.**

Em decorrência disso, então, **se o crime é previsto no CPM** e é praticado por *militar contra militar, ambos em atividade* (que significa não estar inativo e não se confunde com estar de serviço)¹⁵, **ou se é praticado por militar durante o serviço**, independentemente dos motivos do crime, **é de se afirmar, com segurança, que o crime é militar.** Nesse sentido:

STJ: CONFLITO DE COMPETÊNCIA. POLICIAIS MILITARES INVESTIGADOS POR LESÃO CORPORAL. TROCA DE TIROS COM A VÍTIMA, QUE TERIA RESISTIDO À PRISÃO. MILITARES EM SUA FUNÇÃO TÍPICA. POSSIBILIDADE DE CONFIGURAÇÃO DE TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUE NÃO AFASTA O DISPOSTO

¹⁴ Cícero Robson Coimbra Neves, “Artigo 9º do CPM: Uma nova proposta de interpretação”, Revista “Direito Militar”, AMAJME, Florianópolis, 2010, nº 85, págs. 5/8.

¹⁵ Estatuto dos Militares, Art. 6º São equivalentes as expressões “na ativa”, “da ativa”, “em serviço ativo”, “em serviço na ativa”, “em serviço”, “em atividade” ou “em atividade militar”, conferidas aos militares no desempenho de cargo, comissão, encargo, incumbência ou missão, serviço ou atividade militar ou considerada de natureza militar nas organizações militares das Forças Armadas, bem como na Presidência da República, na Vice-Presidência da República, no Ministério da Defesa e nos demais órgãos quando previsto em lei, ou quando incorporados às Forças Armadas. (Redação dada pela Medida Provisória nº 2.215-10, de 31.8.2001)

NO ART. 9.º, INCISO II, ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA CASTRENSE.

1. O policial militar que em serviço troca tiros com foragido da justiça que resiste à ordem de recaptura, age no exercício de sua função e em atividade de natureza militar, o que evidencia a existência de crime castrense, ainda que cometido contra vítima civil. Inteligência do art. 9.º, inciso II, alínea c, do Código Penal Militar. Precedentes.

2. Conflito conhecido para declarar a competência da 2.ª Auditoria Militar de Porto Alegre, no Estado do Rio Grande do Sul” (STJ – 3ª Seção – CC 120201/RS – Rel. Min. Laurita Vaz – J. 25.04.12)

STJ: RECURSO ESPECIAL. CRIME MILITAR. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO PRATICADO POR UM MILITAR EM SERVIÇO CONTRA MILITAR DA RESERVA. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. (...) IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAR A PENA NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES DE DOSIMETRIA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO.

(...)

2. O crime de tentativa de homicídio praticado por policial militar em serviço contra outro da reserva atrai a competência da Justiça Castrense, uma vez que estão presentes os requisitos do art. 9.º, inciso II, alínea c, do Código Penal Militar, quais sejam: delito praticado ‘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’.

3. Na hipótese, restou incontroverso que o Recorrente estava escalado para trabalhar, chegando à Corporação aproximadamente 1 (uma) hora antes do horário para o qual foi escalado. Ele, então, utilizou armamento e viatura da guarnição para se dirigir ao local dos fatos e praticar o delito. Dessa forma, a natureza militar deve ser definida pela condição dos sujeitos ativo e passivo, bem assim pelo fato de o agente estar em serviço. (...)” (STJ – 5ª Turma - Resp 1203098 – Rel. Min. Laurita Vaz – J. 22.11.11)

Tanto isso é verdade que **antes da revogação** da alínea “f” do inciso II do art. 9º do CPM (*por militar em situação de atividade ou assemelhado que, embora não estando em serviço, use armamento de propriedade militar ou qualquer material bélico, sob guarda, fiscalização ou administração militar, para a prática de ato ilegal*), **pelo advento da Lei 9.299/96**, bastava o uso do armamento militar e o crime era militar inequivocamente, senão vejamos:

STF: HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. CRIME COMETIDO POR POLICIAL MILITAR. ARMA DE PROPRIEDADE PARTICULAR. COMPETÊNCIA PARA JULGAMENTO: JUSTIÇA COMUM. ORDEM DENEGADA. I - Compete à justiça militar o julgamento de crime

*cometido por policial militar, ainda que fora do serviço. Basta que ele tenha usado armamento de propriedade da corporação (artigo 9º-II-f do Código Penal Castrense, que prevê como ilícito militar a prática de crime, por policial militar em situação de atividade ou assemelhada, embora não estando em serviço, com o emprego de armamento de propriedade militar, sob guarda, fiscalização ou administração militar). Precedentes do STF. II - Crime cometido com arma que não é da corporação. Cuidando-se de armamento de propriedade particular a competência para julgamento é da justiça comum. Inexistência de constrangimento ilegal. Ordem denegada (STF – Segunda Turma – HC 703307/SP – Rel. Min. **Francisco Rezek** – 26.03.96).*

Pela análise da *revogada* alínea “f” do inciso II do art. 9º do CPM, é inequívoco reconhecer o **critério objetivo** adotado pelo *Codex* Penal Militar para definir o crime militar. Assim, pela lógica, da lição de WALDIR CALCIOLARI, que assevera: “antes da mudança e à luz da letra “f” – posteriormente revogada – um Policial Militar que de folga, durante uma contenda conjugal, dentro da própria casa, viesse a matar a própria esposa, com o revólver de sua milícia, teria sua ação enquadrada como crime militar.”¹⁶, tiramos a **seguinte conclusão**: ora, se o uso do armamento do Estado, quando de folga o agente militar, caracterizava, por si só, o crime militar, **independentemente do motivo**, agora, após a revogação da referida alínea “f”, soçobra a situação do militar praticar o crime, **estando de serviço** ou **agindo em razão da função** (alínea “c”), situações estas que, igualmente, **independentemente do motivo**, portanto, **irão caracterizar crime militar**, desde que o tipo penal esteja previsto no *Codex* Penal Castrense.

Excluída, portanto, a hipótese de crime **militar**, o crime será **comum**, nas hipóteses mencionadas, pois haverá tipificação do fato no Código Penal Comum (*crime impropriamente militar*), logo, o critério para *distinguir* um crime do outro é **o critério objetivo**.

Com efeito, outra questão recorrente no exame da caracterização do crime militar, é o conhecimento da qualidade da vítima por parte do agente, seja ele quando **praticado contra militar** (*inter milites*), **ambos na ativa**, seja quando **o crime é praticado contra civil** (*inclusive nos crimes dolosos contra a vida de civil*). **Em verdade, não importa o fato de o sujeito ativo conhecer a identidade do sujeito passivo**, em face do critério taxado para definição do crime militar ser **objetivo**, do contrário, seria exigir, indevidamente, que para prática do crime militar, que **o sujeito ativo perguntasse ou conhecesse a identidade da vítima**, o que seria o caos, criando a *insegurança* jurídica. Imagine só o seguinte exemplo: **o militar de serviço ao matar a vítima não sabe se esta é civil ou militar**. Então, o crime será

¹⁶ Waldir Calciolari, “Dos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares”, do Livro “Caderno Jurídico *Direito Penal Militar e Processual Penal Militar*” da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, São Paulo, Ano 3, Vol. 6, nº 3, jul./dez., 2004, pág. 173.

militar ou comum? Ora, *nesse caso*, como alguns julgados exigem, *não haveria nem crime militar e muito menos o comum*. **O caos seria inevitável, nos permitindo abolir tal exigência, pois está não tem amparo na lei!**

Reforçando esse raciocínio, a norma constitucional estabelece que o crime militar quando doloso **contra a vida de civil** será processado e julgado pelo Júri (art. 125, §4º, da CF). Logo, **independentemente do sujeito ativo conhecer a identidade da vítima, o crime será de competência do Júri!** *Pensar de modo diferente, permitiria o fato ser de competência da Justiça Militar estadual.*

Desse modo, a interpretação *mais adequada* para o reconhecimento do **crime militar** deve ocorrer diante do **comando constitucional** e do **comando legal**, e, como ambos **não exigem motivação** no sentido de que o crime seja praticado por motivos de serviço (se o delito é passional, etc), **é indiferente** esse componente para a *essentialia delicti*. Portanto, **para caracterização daquele crime basta o preenchimento do binômio**: tipo penal esteja previsto na Parte Especial do CPM e preencha uma das circunstâncias da Parte Geral do CPM previstas no artigo 9º, inciso II.

Ademais, de se trazer à colação a *inesquecível* lição hermenêutica, **onde a lei não distingue não cabe ao intérprete fazê-lo**. Logo, incabível a exigência da motivação do crime por motivo de serviço, pois **o crime, preenchendo referido binômio, é militar!!!**

Essa matéria, aliás, foi bem *aprofundada* e *enfrentada* no **nosso** artigo: **“Crime militar versus crime comum: identificação e conflito aparente de normas”**,¹⁷ *in verbis*:

“Cabe exclusivamente, portanto, à Justiça Militar processar e julgar crimes militares e estes na lição de JOSÉ CRETELLA Jr., valendo-se do voto do Ministro Paulo Brossard, afirma que: “A nosso ver, o que deve prevalecer, em princípio, é o critério legal, desde, porém, que a lei seja constitucional. Crime militar é somente aquele que a lei militar, que é o Código Penal Militar, art. 9º, II, a, define como tal. O delito penal é típico e todo conceito de qualquer figura iuris militar deve partir do Direito positivo. Crime militar é aquele que o Código Penal define como tal. Nem mais, nem menos. A casuística serve para exemplificar o que é fixado pelo Direito positivo (...)”

Já dá para imaginar que a identificação do crime militar, assim taxado no CPM, acaba sofrendo, na prática, a interferência de outros critérios, os quais não são exigidos pela lei e que acabam por transmutá-lo para a condição de crime comum, fazendo coexistir a insegurança jurídica nessa matéria, daí nos propormos a enfrentar essa controvertida matéria. (...) Assim, quando o legislador estabelece que o delito de furto foi praticado entre militares do serviço ativo, ainda que fora do quartel, estamos diante

¹⁷ Ronaldo João Roth, **“Direito Militar – Doutrina e Aplicações”**, Coordenada por DIRCÊO TORRECILLAS RAMOS, RONALDO JOÃO ROTH e ILTON GARCIA DA COSTA, Elsevier, Rio de Janeiro/2011, págs. 503/520.

de uma situação que caracteriza o crime militar, por duas razões: a) o crime de furto vem previsto expressamente na Parte Especial do CPM (art. 240) e b) a situação de envolver como sujeito ativo e sujeito passivo dois militares, do serviço ativo, previsto na Parte Geral do CPM (art. 9º, II, a), isso configura inequivocamente crime militar.

Nesse exemplo, pouco importa dos motivos que levaram o militar a praticar o crime, se de ordem militar ou de ordem particular, pois esta exigência não é requisito para a caracterização do crime militar, como também o lugar do crime, se fora ou dentro do quartel, pois este também não é requisito para configuração do crime militar.

Destarte, os critérios de ordem subjetiva devem ceder espaço aos critérios de ordem objetiva para melhor interpretação dessa matéria. (...)” (págs. 509/510) (GN).

No caso da **alínea “a” do inciso II do art. 9º do CPM**, *crime inter milites*, o fato do militar da ativa estar **de férias ou de folga no dia dos fatos em nada altera a caracterização do crime militar**, desde que pratique o fato contra outro militar em mesma condição (militar da ativa). Nesse sentido, leciona JOSÉ DA SILVA LOUREIRO NETO: “*Note-se que para caracterizar o crime militar não importa se o militar, sujeito ativo ou passivo, esteja de folga, férias, afastado etc., bastando tão somente estar na ativa.*” (in “Direito Penal Militar, Atlas, São Paulo, 2010, pág. 20). (g.n.)

Nesse sentido, a **jurisprudência, segura**, de nossos **Tribunais Superiores**:

STF: “DIREITO CONSTITUCIONAL, PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. JURISDIÇÃO. COMPETÊNCIA. CRIME MILITAR. 1. Considera-se crime militar o doloso contra a vida, praticado por militar em situação de atividade, contra militar, na mesma situação, ainda que fora do recinto da administração militar, mesmo por razões estranhas ao serviço. 2. Por isso mesmo, compete à Justiça Militar - e não à Comum - o respectivo processo e julgamento. 3. Interpretação do art. 9º, II, “a”, do Código Penal Militar. 4. Conflito conhecido pelo S.T.F., já que envolve Tribunais Superiores (o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA e o SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR) (art. 102, I, “o”, da C.F.) e julgado procedente, com a declaração de competência da Justiça Militar, para prosseguir nos demais atos do processo. 5. Precedentes” (STF – PLENO – Conflito de Competência 7071/RJ – Rel. Sydney Sanches - J. 05.09.02 – DJ. 01.08.03);

STF: “CONSTITUCIONAL. PENAL MILITAR. CRIME MILITAR. JUSTIÇA MILITAR: COMPETÊNCIA. C.F., artigo 124. CPM, art. 9º, II, “a”. I. Crime praticado por militares, ambos da ativa, contra militar na mesma situação, vale dizer, na ativa: mesmo não estando em serviço os militares acusados, o crime é militar, na forma do disposto no art. 9º, II, “a”, do CPM. Competência da Justiça Militar.

C.F., art. 124. II. *Precedentes do STF: RE 122.706-RJ, RTJ 137/418; HC 69.682-RS, RTJ 144/580. III. - Conflito conhecido, declarando-se a competência da Justiça Militar Federal e, em consequência, do STM para julgar a apelação*” (STF – Pleno – CC 7021 MC/RJ – Rel. Min. Carlos Velloso – J. 26.04.95);

STF: “*Crime militar. Assim merece conceituado o homicídio praticado por militar, em situação de atividade, contra outro em igualdade de condições, ainda que fora da área sujeita à administração militar, e por motivo estranho ao serviço. Aplicação do art. 9º, II, a, do CPM. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Recurso não provido*” (STF – Segunda Turma – RHC 48.669/GO – Rel. Min. Thompson Flores – J. 15.04.71 – RTJ 64/315);

STF: “*Habeas Corpus. Crime militar em sentido impróprio. INFRAÇÃO PENAL PRATICADA POR MILITAR EM ATIVIDADE CONTRA OUTRO MILITAR EM IGUAL SITUAÇÃO FUNCIONAL - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. O ordenamento positivo, ao dispor sobre os elementos que compõem a estrutura típica do crime militar (essentialia delicti), considera, como ilícito castrense, aquele que, previsto no Código Penal Militar - embora igualmente tipificado, com idêntica definição, na lei penal comum - vem a ser praticado “por militar em situação de atividade (...) contra militar na mesma situação...” (CPM, art. 9º, II, a). O que confere natureza castrense a esse fato delituoso - embora esteja ele igualmente definido como delito na legislação penal comum - é a condição funcional do agente e do sujeito passivo da ação delituosa, de tal modo que, se ambos se acharem em situação de atividade, a infração penal será de natureza militar, sendo irrelevante o meio pelo qual se cometeu tal ilícito.*” (STF – Segunda Turma - HC 80249/PE – Rel. Min. Celso de Mello – J. 31.10.200);

STF: “*Recurso Ordinário - Habeas Corpus. Pedido de transferência de presídio - Matéria afeta ao Juízo da execução - Arts. 588 e 590 do CPPM. Estelionato - Art. 251 do CPM - Crime cometido por militar contra militar - Art. 9º, II, “a” do CPM - Competência da Justiça Militar. Recurso ordinário não conhecido*” (STF – Primeira Turma - RHC 80831/AM - Rel. Min. Ellen Gracie – J. 08.05.01);

STF: “*Crime de homicídio cometido por militar em situação de atividade contra militar na mesma situação. Competência da Justiça Militar*” (STF – Primeira Turma – RHC 69065/AM – Rel. Min. Octávio Gallotti – J. 10.12.91), constando no texto do v. Acórdão: “(...) Tanto basta assentar a competência da Justiça Militar, como já reafirmou o Supremo Tribunal, em face da Constituição de 1988 e independentemente da natureza do motivo do crime (RE 122706, sessão de 21-11-90) (...)”

STF: “**CONSTITUCIONAL. PENAL MILITAR. CRIME MILITAR. JUSTIÇA MILITAR. COMPETÊNCIA. JÚRI. C.F., 1967, ART. 127; ART. 129; ART. 153, PAR-18. C.F., 1988, ART. 5., XXXVIII; ART. 122; ART. 124. C.P.M. ART. 9. II, “a”. I. Crime praticado por militar, em situação de atividade, contra militar da mesma situação** (homicídio de um cabo da Marinha contra um cabo da mesma Força, ambos da ativa, na residência da vítima, fora de zona militar): **mesmo não estando em serviço o militar acusado, o crime é militar, na forma do disposto no artigo 9., II, “a”, do Cod. Penal Militar. Competência da Justiça Militar. C.F./67, art. 129; C.F./88, art. 124. II. A Justiça Militar não comporta a inclusão, na sua estrutura, de um júri, para o fim de julgar os crimes dolosos contra a vida. C.F./67, art. 127; art. 153, par-18. C.F./88, art. 5., XXXVIII; art. 124, par. único. III. RE não conhecido”** (STF ” **Pleno – RE 122706/RJ – Rel. Min. Carlos Velloso – J. 21.11.90).**

STF: “**COMPETÊNCIA CRIMINAL. Estelionato. Crime cometido por militar da ativa em dano doutro militar na mesma situação, no interior de depósito naval. Causa da competência da Justiça Militar. HC denegado. Aplicação do art. 9º, II, a, do Código Penal Militar. É da competência da Justiça Militar julgar ação penal por delito de estelionato cometido por militar da ativa em dano doutro militar em igual situação, dentro de unidade militar”** (STF - HC 86867/PA – Segunda Turma – Rel. Min. Cezar Peluso – J. 7.11.06);

STJ: “**HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO PRATICADO POR MILITAR DA ATIVA CONTRA MILITAR DA ATIVA, AMBOS FORA DE SERVIÇO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. ART. 9º, II, “a” DO CPM. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. PLEITO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO PREJUDICADO. PARECER DO MPF PELA CONCESSÃO DO WRIT. ORDEM DENEGADA.**

1. O termo situação de atividade não se confunde com militar em serviço. Aquele diz respeito à condição de militar da ativa, o que se contrapõe à reserva ou reforma; ao passo que, a expressão em serviço representa o desempenho efetivo de sua atividade ou função, o que se opõe à folga. 2. Compete à Justiça Militar o processamento e julgamento do crime em questão, porquanto, a despeito da folga que fruía a autora e vítima, ambos eram militares em situação de atividade, ex vi do art. 9º, II, a do CPM. Precedentes do STJ e do STF. 3. Sobrevindo o trânsito em julgado da sentença condenatória, resta prejudicado o pedido de aguardar em liberdade o encerramento do feito. 4. Habeas Corpus denegado, em que pese o parecer ministerial em sentido contrário, cassando-se a liminar inicialmente deferida.” (STJ – 5ª Turma – HC 129936/SP – Rel. Napoleão Nunes Maia Filho – J. 16.03.10);

STJ: “CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. CRIME PRATICADO POR MILITAR EM ATIVIDADE CONTRA MILITAR EM IDÊNTICA SITUAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. 1. Compete à Justiça Castrense processar e julgar crime praticado por **militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado.** (CC 85.607/SP, Rel. Min. OG FERNANDES, DJ 8/9/08). 2. Militar em situação de atividade quer dizer “da ativa” e não “em serviço”, em oposição a militar da reserva ou aposentado. 3. Conheço do conflito para declarar competente o Juízo de Direito da 3ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo, ora suscitado” (STJ – 3ª Seção – CC 96330/SP – Rel. Min. **Arnaldo Esteves Lima** – J. 22.04.09);

STJ: “CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. PROCESSUAL PENAL. CRIME PRATICADO POR MILITAR EM ATIVIDADE CONTRA MILITAR EM IDÊNTICA SITUAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. 1. Compete à Justiça Militar processar e julgar crime praticado por militar em situação de atividade ou assemelhado, contra militar na mesma situação ou assemelhado (**art. 9º, inciso II, alínea “a”, do Código Penal Militar**). 2. Militar em situação de atividade quer dizer “da ativa” e não “em serviço”, em oposição a militar da reserva ou aposentado. 3. Precedentes do STJ e do STF. 4. Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Militar, juízo suscitante” (STJ – 3ª Seção – CC 85607/SP – Rel. Min. **Og Fernandes** – J. 27.08.08);

STJ: “CONFLITO NEGATIVO DE COMPETÊNCIA. CONSTITUCIONAL E PENAL MILITAR. CORRELAÇÃO DA CONDUTA COM TIPOS PREVISTOS NO CÓDIGO PENAL MILITAR. AUTORES MILITARES E VÍTIMA BOMBEIRO MILITAR. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. Os delitos previstos na denúncia, tipificados nos artigos 129, caput, 147 e 331, do Código Penal, possuem equivalência nos artigos 209, caput, 233 e 299 do Código Penal Militar, como exige o art. 124 da CF/88 para os processos de competência da Justiça Castrense. A **qualificação como crime militar encontra guarida na combinação do previsto na alínea ‘a’ do inciso II, do art. 9º, do CPM, que considera crime militar em tempo de paz, aquele que tiver sido, em tese, praticado ‘por militar em situação de atividade ou assemelhado’, com a definição de bombeiro como militar do art. 42 da CF/88.** Conflito conhecido para declarar competente a Justiça Militar da União para processar e julgar o feito” (STJ – 3ª Seção – CC 62095/RJ – Rel. Min. **Paulo Medina** – J. 14.03.07).

STJ: “CONFLITO DE COMPETÊNCIA. PENAL. CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO POR MILITAR EM ATIVIDADE CONTRA MILITAR EM

IDÊNTICA SITUAÇÃO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. ARTIGO 9º, INCISO II, ALÍNEA “A”, DO CÓDIGO PENAL MILITAR.

1. *Compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar crime de homicídio praticado por policial militar em atividade contra outro policial militar em idêntica situação (artigo 9º, inciso II, alínea “a”, do Código Penal Militar).*

2. *Precedentes do STJ e do STF.*

3. *Conflito conhecido para declarar competente o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, o suscitante.” (STJ – 3ª Seção – CC 35.670/SP – Rel. Min. **Hamilton Carvalho** – J. 11.09.02)*

Como vemos, a melhor forma de se verificar, no caso concreto, se há crime *militar*, ou crime *comum*, diante de um tipo penal com *igual redação* entre aquelas duas categorias de delito (crime impropriamente militar), é se constatar, diante dos critérios *objetivos* do CPM, se o delito é militar, caso contrário, *por exclusão*, como se disse, será comum.

Nesse procedimento, **não há incidência e muito menos espaço ou interferência da motivação**, pois este fator não é *exigível* pela lei, devendo, pois, ser *afastada*.

Do mesmo modo, **a motivação** da conduta do agente **não interfere na caracterização do crime militar** quando o agente pratica o **fato típico previsto no CPM quando está de serviço** (alínea “c” do inciso II do art. 9º).

Verifica-se, pois, que a hipótese de crime militar quando o agente **está de serviço ou age em razão da função** *não se confunde* com a hipótese de **militar da ativa quando pratica fato típico militar contra outro militar da ativa**, hipóteses estas tratadas *distinta e separadamente* no inciso II do art. 9º do CPM, a última na alínea “a” e a primeira na alínea “c”, situação estas consolidadas pela *jurisprudência majoritária* do STF, STJ e STM, *como bem demonstrou* CÉLIO LOBÃO.¹⁸ Na mesma esteira, a *jurisprudência* da **Justiça Especializada** por meio dos TJM (Tribunal de Justiça Militar) do RS, SP e MG.

Destarte, *no crime doloso contra a vida de civil, de competência do Júri*, se o crime for praticado pelo militar, modalidade criada pela Constituição Federal (art. 125, § 4º), o critério *objetivo* fica muito evidente para a configuração do crime, não havendo de se *cogitar* ou *inserir* na interpretação do fato a *motivação*.

Nesse sentido, veja que nos **crimes dolosos contra a vida de civil, também por critérios exclusivamente objetivos**, a Lei nº 9.299/96, que alterou o art. 9º do CPM (*determinando no seu parágrafo único que a competência desse crime é da Justiça Comum*) e o art. 82 do CPPM (*excluindo do foro militar o crime doloso contra a vida de civil e determinando o encaminhamento do IPM, pela Justiça Militar, à Justiça Comum*), regra essa *constitucionalizada* pela Emenda

¹⁸ Célio Lobão, “*Militar Estadual em Situação de Atividade. Entendimento do STF, STJ e STM*”, Revista “Direito Militar”, AMAJME, Florianópolis, nº 93, jan/fev., de 2012, págs. 34/38.

Constitucional nº 45/2004, o crime, no âmbito *inquisitorial* continua sendo *investigado*, por meio do inquérito policial militar (IPM), pela Polícia Judiciária Militar (PJM), como não poderia deixar de ser, dada sua natureza *militar*, conforme preconiza o art. 144, § 4º, da CF, *in fine* (*cabe à PJM exclusivamente a investigação dos crimes militares*), cabendo à Justiça Militar estadual, **depois de aferir se o crime é doloso contra a vida de civil**, determinar o envio dos autos do IPM à Justiça Comum (Júri). Caso contrário, deverá *desclassificá-lo e processá-lo* normalmente como *crime militar* (p. ex. como *lesão corporal seguida de morte, latrocínio, crime culposos etc*), **ou arquivá-lo, se o fato não constituir crime**, ou estiver amparado por uma *excludente de ilicitude*.

Sobre a questão do **arquivamento dos autos do IPM** no caso de **homicídio doloso contra a vida de civil**, quando amparada a conduta investigada por *excludente de ilicitude*, até por lógica cabe à Justiça Militar estadual aquela decisão, pois como se demonstrou, cuida ela de crime militar investigado e, **se este não existiu**, encontra-se na esfera de competência da Justiça Militar a decisão do arquivamento do IPM. Tal raciocínio *vem abonado* pelo r. voto vencedor do Ministro **Carlos Velloso**, do Supremo Tribunal Federal, na ADI 1.494-2/DF (Medida Cautelar) nesses termos:

“(…) A lei ordinária, a qual compete definir os crimes militares, excepciona: os crimes dolosos contra a vida, praticados pelos policiais militares, contra civis, serão da competência da Justiça Comum: Lei 9.299, de 07.08.1996. Excepcionou-se, portanto, a regra. Esses crimes, contidos na exceção, serão da competência da Justiça Comum.

Mas a própria lei, que assim procedeu, estabeleceu que, ‘nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial à Justiça Comum’.

É dizer, a Lei nº 9.299, de 1996, estabeleceu que à **Justiça Militar competirá exercer o exame primeiro da questão**. Noutras palavras, a Justiça Militar dirá, por primeiro, e o crime é doloso ou não; se doloso, encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça Comum. Registre-se, encaminhará os autos do inquérito policial militar. É a lei, que deseja que as investigações sejam conduzidas, por primeiro, pela Polícia Judiciária Militar.

É claro que o exame primeiro da questão – se doloso ou não o crime praticado contra civil – não é um exame discricionário, isento do controle judicial. Não, **Esse exame está sujeito ao controle judicial, mediante os recursos próprios, inclusive, pelo habeas corpus**.

Mas o que deve ser reconhecido é que o primeiro exame é da **Justiça Militar, que, verificando se o crime é doloso, encaminhará os autos do IPM à Justiça Comum**. É o que esta na lei.

Repisamos: **após verificar se a conduta foi dolosa ou culposa (sem prejuízo da análise do nexos causal, resultado e tipicidade), há de**

ocorrer a análise da antijuridicidade da conduta. Se ilícita, haverá crime; se lícita, não haverá crime, apesar do fato típico. Apenas na primeira hipótese é que os autos do IPM deverão ser encaminhados ao Tribunal do Júri.

Posta a questão em tais termos, força é concluir que a Polícia Civil não pode instaurar, no caso, inquérito. O inquérito correrá por conta da Polícia Judiciária Militar, mediante inquérito policial militar. Concluído o IPM, a Justiça Militar decidirá, remetendo os autos à Justiça Comum, se reconhecer que se trata de crime doloso praticado contra civil.” (grifei)

Na mesma esteira e com maestria, EDSON CORRÊA BATISTA especificamente tratando do **arquivamento do IPM pela Justiça Militar nos crimes dolosos contra a vida**, leciona:

“(…) Ousamos ir além do esposado no respeitável voto [Com relação ao voto vencedor do Ministro Carlos Velloso do STF]. Reconhecida pela Justiça Militar, através de juízo negativo de conceito, a inocorrência de crime ante a presença de uma causa de exclusão de ilicitude (v.g. a legítima defesa), nenhuma razão haverá, outrossim, para que os autos do IPM sejam remetidos à Justiça Comum. Em verdade, teríamos mero fato típico, todavia, lícito. Nunca, porém, crime. (...)”¹⁹ (Revista “Direito Militar”, AMAJME, 2011, n° 91, pág. 38).

Pois bem, essa matéria acabou sendo palco de discussão no Recurso em Sentido Estrito n° 1022/12, julgado pela Segunda Câmara do E. Tribunal em 12.04.12, que **por maioria de votos (2x1)**, em síntese, decidiu que *os autos do IPM nos crimes dolosos contra a vida de civil devem ser enviados à Justiça Comum, até mesmo para o arquivamento do feito.*

A matéria ainda pende de trânsito em julgado e é objeto de Embargos Infringentes n° 76/12 – Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho, devendo, pois, ser apreciada a matéria pelo Pleno do E. TJMS. No entanto, daquela decisão recorrida de se trazer à colação o histórico e veemente voto vencido *declarado* do Juiz Militar Cel PM Avivaldi Nogueira Junior, *in verbis*:

“(…) Os crimes dolosos cometidos por policiais militares com vítimas civis são crimes militares, apenas houve alteração do local onde serão processados e julgados tais delitos. Do contrário, razão alguma existiria para que a polícia judiciária militar continuasse a investigar tais delitos. A polícia judiciária militar é quem apura os

¹⁹ Edson Corrêa Batista, Revista “Direito Militar”, AMAJME, Florianópolis, 2011, n° 91, pág. 38.

crimes militares. Ou estaria a Polícia Militar investigando delitos comuns? O que ocorreu, por força da alteração legislativa trazida pela Lei nº 9.299/96, foi apenas a alteração do local de processamento e julgamento daqueles delitos, que passaram a ser feitos pelo Tribunal do Júri.

O primeiro exame do IPM, destinado a identificar se o delito tratado nos autos é hipótese de crime doloso contra a vida deve ser feito na Justiça Militar; pelo membro do Parquet aqui atuante, que formará sua opinio delicti e proporá ao magistrado a solução para cada caso: processamento perante a Justiça Militar (nas hipóteses já citadas e previstas em lei), remessa à Vara do Júri (na hipótese de verificação de ocorrência de delito doloso praticado por policial militar contra a vida de civil), ou pedido de arquivamento, quando o fato estiver inequivocamente acobertado por excludente de ilicitude. (...).

Dessa forma, outro não pode ser o meu posicionamento senão o mesmo externado pelo Ministro Carlos Velloso e pelo Dr. Ronaldo João Roth, MM. Juiz da Primeira Auditoria, ora recorrido. A verificação inicial, se o crime contra a vida de civil é doloso ou não, é feito na Justiça Militar, pelo Promotor de Justiça atuante nesta Especializada. Se doloso, encaminhará os autos do IPM para a Justiça comum. É isso que consta na lei. Nas demais hipóteses, seja o delito culposo, ou permeado por alguma das excludentes de ilicitude, ou praticado entre policiais militares, a competência para processamento é da Justiça Militar, seja para seguimento do feito, com oferecimento de denúncia, seja com o arquivamento dos autos, conforme entender o membro do Parquet e o magistrado da Auditoria. Esse primeiro exame do crime, se doloso ou não, conforme bem explicitado pelo Ministro Carlos Velloso, não está isento de controle judicial, o qual poderá ser exercido pelos recursos apropriados.

Do contrário, seria a Justiça Militar mero “Protocolo” dos Inquéritos Policiais Militares produzidos pela polícia judiciária militar; e, eventualmente, viria a receber esses IPMs de volta, caso os Promotores de Justiça do Tribunal do Júri entendessem ser hipótese de crime que, na verdade, seria de competência da Justiça Militar, o que inaceitável. (...)

Nos presentes autos, verifica-se que o Dr. Edson Corrêa Batista, d. 2º Promotor de Justiça Militar, ao verificar os autos do IPM nº 62.510/11, já detectou provas irrefutáveis acerca da licitude da conduta dos policiais militares envolvidos na ocorrência policial ali retratada, a qual foi legítima, excluindo a hipótese de crime, vez que, ao defenderem as próprias vidas, injustamente atacadas, atuaram segundo a vontade do Direito e, apesar de típico o fato, não é ele ilícito e, portanto, não há que se falar na prática de homicídio doloso pelos policiais militares,

hipótese que ensejaria o arquivamento dos autos, conforme ele mesmo ponderou (fls. 111/116). E, não havendo que se falar em crime doloso contra a vida de civil, competente a Justiça Militar para decidir a respeito da matéria.

Em face de todo o exposto, e ousando divergir de meus pares, neguei provimento ao Recurso em Sentido Estrito interposto pelo Ministério Público.

AVIVALDI NOGUEIRA JUNIOR

Juiz”

Não me paira *nenhuma dúvida* de que o **homicídio doloso contra civil** praticado pelo policial militar, **numa das hipóteses certas e previstas no artigo 9º do Código Penal Militar**, é **crime militar** (art. 205 do CPM), e, somente por isso, **na fase pré-processual**, deverá o mesmo ser objeto de **investigação policial militar** (IPM) e se, desta investigação, resultar a comprovação de que o fato **está acobertado por excludente de ilicitude, a competência para decidir sobre o arquivamento do IPM é da Justiça Militar**, não se confundindo tal competência com a ressalvada pela norma inserta no artigo 125, § 4º, da Constituição Federal (*§ 4º 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.*). E, em momento algum, a Lei 9.299/96 **excluiu** da Justiça Militar a competência para declarar o **juízo negativo de crime** cabendo à ela, portanto, **decidir pelo arquivamento do IPM**. Em outras palavras, já me referi sobre esta questão:

“(…) Na hipótese de ter sido reconhecida, no caso investigado, uma excludente de criminalidade, (verbi gratia, legítima defesa), haveria sentido do envio dos autos ao Júri?

A resposta, até por lógica, é negativa, pois se o crime não houve (apenas o fato foi típico, mas a conduta foi jurídica), desnecessário o envio dos autos para decisão sobre essa questão à Vara do Júri, porquanto a Justiça Militar é competente para tal, ou seja, declarar o juízo negativo do delito contra a vida de civil. Aqui, mais uma vez, necessário reconhecer que o juiz natural nessa fase pré-processual é o Juízo da Justiça Militar (...)”²⁰

²⁰ Ronaldo João Roth, “O Princípio Constitucional do Juiz natural, a Justiça Militar estadual, a Polícia Judiciária Militar e a Lei nº 9.299/1996”, artigo este que integra o Livro “Direito Militar – Doutrina e Aplicações”, Coordenado por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Elsevier, 2011, pág. 858.

Coroando referida tese, quando ficar demonstrada - extreme de dúvidas - a ocorrência de uma excludente de ilicitude, legítima defesa ou estrito cumprimento do dever legal, e aí, mesmo que a vítima seja civil, não haverá crime doloso, autorizando o arquivamento do inquérito, ou a permanência do julgamento na Justiça Especializada:

TJM/MG: “Troca de tiros entre marginais e policiais militares. Perseguição como obrigação funcional. Nega-se provimento inclusive com suporte em parecer ministerial, por inoconter, no caso, crime doloso contra a vida de civil. Não se deve mandar a Júri Popular policiais militares que trocam tiros com bandidos, em razão de uma construção, tão só doutrinária, de dolo eventual, ao atingir marginais. As excludentes de ilicitudes conhecidas como causa de justificação afastam a existência de uma conduta criminosa, tanto que o legislador, ao estatuir o art. 42 do CPM, dispôs sobre a inexistência de crime quando presentes uma das causas justificantes. Nega-se provimento, mantida decisão do juízo monocrático. Unânime. (TJM/MG – Recurso Inominado 63 – Rel. Juiz Décio de Carvalho Mitre – j. em 21.11.2002 – O Minas Gerais 29.11.2002).” (g.n.).

TJM/RS: “Troca de tiros entre policiais e civis, que provocou, nestes, ofensas corporais. Competência. Compete à Justiça Militar estadual dizer se o fato objeto do IPM trata-se de crime doloso contra a vida, para, então, remeter os autos à Justiça Comum (art. 82, § 2º, do CPPM, introduzido pela Lei nº 9.299/96). Não há falar-se em tentativa de homicídio, crime de competência da Justiça Comum (art. 125, § 3º, da CF/88, com redação da EC nº 45/04, e art. 9º, parágrafo único, do CPM, introduzido pela Lei nº 9.299/96), se os policiais militares efetuaram disparos de arma de fogo para fazer cessar injusta e real agressão contra a guarnição de serviço, também com arma de fogo. Máxime se, dispondo de mais munição, os milicianos, voluntariamente, suspendem os disparos e socorrem os agressores feridos. Em casos que tais, os agentes devem responder, em tese, somente pelo resultado efetivamente produzido – lesão corporal (art. 31 do CPM), cuja competência constitucional para julgar é da Justiça Castrense. Recurso improvido. Decisão majoritária” (TJM/RS – Recurso Inominado nº 149/2009 – Rel. Juiz Militar Cel João Vanderlan Rodrigues Vieira); (g.n.)

TJM/RS: “Correição parcial. Representação do Corregedor-Geral da Justiça Militar do Estado (art. 498, b’, do CPPM). Decisão da Juíza de Direito Substituta do Juízo militar, determinando o arquivamento de inquérito policial Militar, atendendo à promoção do Ministério Público, que entendeu não haver justa causa para a ação penal militar, reconhecendo terem os indiciados agido sob a excludente de antijuridicidade da legítima defesa, ao provocarem lesões corporais na

vítima. Pretendida remessa dos autos à Justiça Comum, para conhecer e decidir sobre a tentativa de homicídio. Compete à Justiça Militar estadual dizer se o fato objeto do IPM trata-se de crime doloso contra a vida, para, então, remeter os autos à Justiça Comum (art. 82, § 2º, do CPPM, introduzido pela Lei nº 9.299/96). Não há falar-se em tentativa de homicídio, crime de competência da Justiça Comum (art. 125, § 3º, da CF/88, com redação da EC nº 45/04, e art. 9º, parágrafo único, do CPM, introduzido pela Lei nº 9.299/96), se os agentes apenas efetuaram disparos de arma de fogo para fazer cessar injusta e real agressão contra a guarnição de serviço, também com arma de fogo, dispondo de mais munição, mas desistindo voluntariamente de prosseguirem, socorrendo o agressor, que fora ferido, devendo responder somente pelo resultado efetivamente produzido – lesão corporal (art. 31 do CPM), cuja competência constitucional para julgar é da Justiça Castrense, hipótese em que foi reconhecida a excludente de antijuridicidade da legítima defesa. Pedido de correição parcial indeferido. Decisão unânime” (Correição Parcial nº 1.036/05 - Juiz-Cel. Antonio Carlos Maciel Rodrigues - Rev. Jurisp. Mil., Porto Alegre, jul./dez., 2005, p. 263/264). (g.n.)

Em outras palavras, o fato do crime militar de homicídio doloso (art. 205 do CPM) passar a ser processado pela Justiça Comum (após a realização do IPM no âmbito da Polícia Judiciária Militar) não desnaturou a sua qualidade de militar, como bem decidiu, por unanimidade, o Pleno do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo na ADI nº 001/10 – Rel. Juiz Paulo Adib Casseb – J. 03.12.10, assim constando no v. Acórdão, *in verbis*:

“(…) O que se verifica por força do advento da Lei nº 9.299/96 e da Emenda a Constituição nº 45/04 é, simplesmente, o deslocamento da competência para processar e julgar crimes dolosos contra a vida praticados por militares e com vítimas civis para o júri. Porém, em nenhum momento houve mutação da natureza desses delitos que permanecem crimes militares, embora julgados por órgão judicial não integrante da Justiça Castrense (...)” Por esse motivo, a transferência da competência julgadora dos crimes dolosos contra a vida, cometidos por militares e com vítimas civis, para o Júri, em nada altera a natureza desses delitos (...)” (g.n.)

O exame aprofundado da questão não deixa nenhuma dúvida de que o homicídio praticado pelo militar em serviço, hipótese prevista na alínea “c” do inciso II do artigo 9º do CPM, é um crime militar, independentemente da motivação do fato (por questões pessoais, por questão estranha ao serviço, por vingança etc), e, no caso desse fato estar acobertado por uma excludente de ilicitude, é a própria Justiça Militar que deve arquivar o feito. Nesse sentido:

TJMSP: “POLICIAL MILITAR – Recurso em Sentido Estrito – Apelo ministerial requerendo o envio dos autos do IPM à Justiça Comum nos termos do § 2º do art. 82 do CPPM – Exame efetuado pela Justiça Militar que reconheceu inexistir crime militar doloso cometido contra a vida de civil – Legislação que prevê o encaminhamento dos autos apenas quando do reconhecimento da existência de crime – Decisão proferida pela Justiça Militar no pleno exercício da sua competência – Controle exercido pelo Ministério Público sobre a atividade policial que não é afetado pela referida decisão – Recurso que não comporta provimento.” (TJMSP – Primeira Câmara – Recurso em Sentido Estrito nº 1018/12 – Rel. Juiz Cel PM **Fernando Pereira** – J. 15.05.12). No mesmo sentido: TJMSP – RSE nº 1021/12 – Rel. Juiz Cel PM **Fernando Pereira** – J. 15.05.12.

TJMSP: “POLICIAL MILITAR – Embargos Infringentes e de Nulidade – Interposição diante de decisão majoritária proferida em Recurso em Sentido Estrito – Apelo ministerial requerendo o envio dos autos do IPM à Justiça Comum nos termos do § 2º do art. 82 do CPPM – Votos vencedores que deram provimento ao recurso ministerial – Voto vencido que entendeu desnecessário o envio dos autos quando não reconhecida a prática de crime militar doloso contra a vida de civil – Embargos requerendo a prevalência do entendimento expressado no voto vencido – Exame efetuado pela Justiça Militar que reconheceu inexistir crime militar doloso cometido contra a vida de civil – Legislação que prevê o encaminhamento dos autos apenas quando do reconhecimento da existência de crime – Decisão proferida pela Justiça Militar no pleno exercício da sua competência – Controle exercido pelo Ministério Público sobre a atividade policial que não é afetado pela referida decisão – Reforma da decisão tomada pela maioria dos integrantes da 2ª Câmara – Recurso que comporta provimento.” (TJMSP – Pleno - Embargos Infringentes nº 75/12 – Rel. Juiz Cel PM **Fernando Pereira** – J. 23.05.12). No mesmo sentido: Embargos Infringentes e de Nulidade nº 80/12 e Embargos Infringentes e de Nulidade nº 84/12, ambos da relatoria do Juiz Cel PM **Fernando Pereira** – J. 11.07.12.

Note-se, que por *coerência*, a PJM somente irá realizar o IPM nos casos de crime doloso contra a vida de civil nas hipóteses objetivas do art. 9º, II, do CPM, ou seja, se o crime for praticado por militar da ativa no interior do quartel (alínea “b”), ou se praticada em razão da função ou quando o militar esteja de serviço (alínea “c”), ou em período de manobra ou exercício militar (alínea “d”), **independentemente da motivação ou da razão da prática do delito** (se relacionado ou não com o serviço militar), pois, **afora, essas hipóteses, o crime não é militar**, ou seja, é **comum**, e a PJM, nos exatos termos do art. 144, § 4º, *in fine*, da CF, *não tem atribuição* para investigar crime *comum*.

Enfim, o critério para definição de crime **militar** é o critério *ex vi legis*, **não havendo de ser inserida, nessa definição, a exigência de motivação**, porquanto não contemplada pelo ordenamento jurídico. Nessa linha, ALVARO MAYRINK DA COSTA leciona: “*Não obstante haver o art. 9º do Código Penal Militar vigente acompanhado o critério que inspirou o art. 6º do Decreto-Lei nº 6.277, de 24/01/1944, é aquele mais minucioso que este, assim na redação como nas hipóteses previstas, todas, porém, adstritas ao mandamento constitucional que estatui a competência do foro militar; para nele serem processados, sob determinadas condições, militares e civis, torna-se necessário ter em vista que é restrita a interpretação daquele artigo do Código em vigor, já pelos seus próprios termos, já pela preceituação constitucional que deriva. (...) Face ao constante nos artigos 9º e 10 do Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969, o crime militar é definido como a violação da lei penal militar. Meramente formal não atendeu à doutrina pela ausência de uma definição substancial, face à qualidade de militar, ao interesse ofendido ou ao tipo de sanção cominada. (...) Há realmente uma característica constante que é a ofensa de um interesse militar, onde se pode atribuir um critério de valor puramente indicativo privado de base para uma definição substancial do ilícito militar. Assim, não há como renunciar ao critério de uma definição casuística e formal ofertada pelo legislador. A noção de crime militar é aquela fornecida pela lei. Não há que se excluir, pela insuficiência de uma definição doutrinária do crime militar, o indicador de que o ilícito militar continua sempre uma ofensa a interesse militar. Portanto, se não basta a natureza militar da ofensa para transformar um ilícito em ilícito militar, também não basta para atribuir ao ilícito militar a ocorrência de um interesse militar (...).*”²¹ (g.n)

Da mesma forma, as lições de CÉLIO LOBÃO, citando Jorge Alberto Romeiro, que a norma constitucional (art. 124) “*manteve o único critério existente em nosso direito, desde a Constituição de 1946 (art. 108) para a conceituação dos crimes militares: o denominado critério racione legis*”²², e de JORGE CESAR DE ASSIS “*O critério fundamental para a caracterização de crime militar pelo nosso Código, ainda é o ex vi legis, ou seja, crime militar é o que a Lei considera como tal. Ou, como dizia Ivo D’Aquino (autor do projeto), ... não define, enumera.*”²³

Conclusão

O nosso **ordenamento jurídico** contempla vários tipos de infração penal, tais como: crime *político*, crime *eleitoral*, crime de *responsabilidade*, crime *militar* e crime *comum*, cada qual previsto em estatuto próprio e cuja competência para conhecê-los a Constituição Federal define ou estabelece o *princípio do juiz natural* para o competente órgão julgador.

²¹ Álvaro Mayrink da Costa, “Crime Militar”, Rio, Rio de Janeiro, 1978, págs. 134 e 136/137.

²² Célio Lobão, “Direito Penal Militar”, Brasília Jurídica, Brasília, 1999, pág. 43.

²³ Jorge Cesar de Assis, “Direito Militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos”, Juruá, 2010, pág. 107.

A *identificação* e o *reconhecimento* de uma modalidade de crime, como acima mencionado, exclui naturalmente as outras, pelo *princípio da legalidade*, ora adotado na Lei Maior (art. 5º, II), a qual remeterá à lei a definição de cada tipo penal.

A *motivação* do crime **não se confunde** com a *culpabilidade* do agente, que é um importante elemento do crime, representando o seu enfoque subjetivo, isto é, *dolo* ou *culpa*; aquela seria o *impulso* para o crime, sua *força motriz*, cujo tratamento penal acaba por ser apreciado na *dosagem da pena*, como é o caso do motivo *torpe*, do motivo *nobre* etc.

Como demonstramos, das várias infrações penais apontadas (*política, eleitoral, responsabilidade, militar e comum*) o ordenamento jurídico exige **apenas do crime político motivação expressa para sua caracterização**, quando o tipo penal seja *impróprio* (previsto também em outro diploma, como o *comum* e o *militar*), enquanto a *distinção* das demais infrações penais entre si se dará por critérios *objetivos* da lei.

Nesse sentido, **o crime militar é definido pelo CPM e nem este e nem a Lei Maior exigem para sua caracterização a motivação** (critério de ordem *subjetiva*), conforme apontado neste trabalho, *descabendo* a exigência desta para a sua caracterização.

Assim, somente o critério *objetivo* é que irá distinguir, por exemplo, o **crime militar do crime comum**; o crime *eleitoral* do crime *comum*; o crime de *responsabilidade* do crime *comum*, e esses crimes entre si.

Posto isto, demonstramos que os critérios fornecidos pelo legislador (*exclusivamente de ordem objetiva*) **são suficientes para distinguir um delito do outro**, tornando a exigência de motivação um *plus* que irá *distorcer* a natureza jurídica do tipo definido em lei, causando inequívoca *insegurança* jurídica.

Nessa esteira, vemos que a *jurisprudência segura* na *interpretação* e *reconhecimento* do crime militar é aquela que **despreza a motivação ou as razões da prática do delito**, não a vinculando a qualquer razão à matéria do serviço ou militar, isso com o abono do **Pleno do Supremo Tribunal Federal**, como citado: **Conflito de Competência 7071/RJ** – Rel. Sydney Sanches - J. 05.09.02 – DJ. 01.08.03; CC 7021 MC/RJ – Rel. Min. Carlos Velloso – J. 26.04.95; (e STF – Pleno –) RE 122706/RJ – Rel. Min. Carlos Velloso – J. 21.11.90; da **Primeira Turma** – RHC 69065/AM – Rel. Min. Octávio Gallotti – J. 10.12.91; e da **Segunda Turma** – RHC 48.669/GO – Rel. Min. Thompson Flores – J. 15.04.71 etc., entendimento este *afinado* com a lei.

Seguindo essa mesma linha, notamos que o **Superior Tribunal de Justiça** também tem, majoritariamente, abordado com *precisão* essa matéria, **não exigindo o motivo dentre as circunstâncias para se caracterizar o crime militar** (que pode ser estranho ao serviço), mas tão somente acolhendo o critério *objetivo* previsto no CPM, conforme demonstrado: CC 62095/RJ – Rel. Min. Paulo Medina – J. 14.03.07; CC 85607/SP – Rel. Min. Og Fernandes – J. 27.08.08; CC 96330/SP – Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima – J. 22.04.09; (e STJ –) HC 129936/SP – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – J. 16.03.10; e CC 35670/SP – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – J. 11.09.02.

Nesse ponto, vemos que a *jurisprudência* dos **Tribunais de Justiça Militar** do Rio Grande do Sul²⁴, de São Paulo²⁵ e de Minas Gerais²⁶ e do **Superior Tribunal Militar**²⁷ são harmônicas entre si e **não exigem, igualmente, a motivação** para

²⁴ TJM/RS: “RECURSO EM SENTIDO ESTRITO Nº 977-49.2011.9.21.0000. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. CRIME PRATICADO POR POLICIAL MILITAR EM ATIVIDADE CONTRA MILITAR NA MESMA SITUAÇÃO. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. PROVIMENTO. 1. Compete à Justiça Militar processar e julgar crime praticado por policial militar em situação de atividade, contra militar na mesma situação (art. 9º, inciso II, alínea “a”, do Código Penal Militar). 2. Militar em situação de atividade quer dizer “da ativa” e não “em serviço”, em oposição a militar da reserva ou aposentado. 3. Precedentes do STJ e do STF. 4. Recurso em sentido estrito provido, para determinar o recebimento da denúncia. Decisão unânime.” (RSE 977-49.2011.9.21.0000 – Rel. Juiz Cel Antonio Carlos Maciel Rodrigues – J. 13.07.11); “APELAÇÃO CRIMINAL N.º 4.216/07. Crime de estelionato (art. 251, caput, do CPM). Apelo defensivo. Arguição de incompetência da Justiça Militar. Não-acolhimento. Provimento parcial do apelo. Exsurto dos autos que o acusado (militar em atividade), no âmbito do GPM de Centenário, subtraiu folha de cheque de outro colega (militar em atividade), preencheu-a e a assinou, falsamente, utilizando a cártula para pagamento em supermercado, que, levada a efetivo desconto no Bannisul, se realizou em detrimento do correntista militar, configurado está o crime militar, conforme a hipótese prevista no art. 9º, inc. II, alínea a, do CPM. Ademais, a Constituição Federal, no art. 125, § 4º, atribui competência à Justiça Militar estadual para processar e julgar os militares estaduais nos crimes militares previstos em lei. Logo, perfeitamente caracterizada a competência da Justiça Militar para conhecer e decidir na espécie. No mérito, o cometimento do delito de estelionato pelo acusado restou comprovado à saciedade, merecendo reparo tão-somente o prazo surstitório, fixado acima do mínimo legal e não fundamentado, que é reduzido para dois anos. À unanimidade, rejeitaram a preliminar de incompetência da Justiça Militar e deram provimento parcial ao apelo.” (Apelação Criminal nº 4.216/07 – Rel. Juiz Geraldo Anastácio Brandeburski – J. 28.11.07).

²⁵ TJMSP: “POLICIAL MILITAR - DIREITO PENAL MILITAR - **HOMICÍDIO QUALIFICADO**. Artigo 205, § 2º, inciso I, do Código Penal Militar. Delito configurado. Apelo não provido. Policial militar que, **em horário de folga e civilmente trajado, por motivo fútil**, dispara tiro contra a cabeça de outro policial militar, que com ele estava na mesa de um bar, também em horário de folga - Vítima civil que presenciou os fatos e confirmou a desproporção entre o crime e sua causa moral.” (Apelação Criminal n. 06297/11 – Rel. Juiz Cel PM Avivaldi Nogueira Junior – J. 28.07.11); TJMSP: “Compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar crime de **homicídio** praticado por policial militar em atividade contra outro policial militar, em idêntica condição, **ainda que fora da área sujeita à administração militar e por motivo particular, estranho ao serviço**. Precedentes do STJ e STF.” (Recurso Inominado 007/04 – Rel. Juiz Cel PM Lourival Costa Ramos – J. 26.08.04).

²⁶ TJM/MG: “**Habeas Corpus** - Crime de militar contra militar - Competência da Justiça Militar - Denegação da ordem. **Ementa: É militar o delito cometido por militar contra militar, independentemente do local e circunstância.** A expressão militar em atividade abrange todos os militares, pois o militar está em atividade, em tese, nas vinte e quatro horas por dia. Há equívoco quando se interpreta que o militar em atividade é somente aquele que se encontrada fardado, em viatura ou com armamento. - Ordem denegada. **Decisão:** Unânime. DENEGAR A ORDEM.” (*Habeas Corpus* 1.380/04 – Rel. Juiz Décio de Carvalho Mitre – J. 21/12/2004); **Recurso Inominado n. 019/96** - Crime militar. Conceito do delito praticado por militar em situação de atividade, contra outro militar, em igual condição, independentemente das circunstâncias – Rel. Juiz Cel PM Paulo Duarte Pereira – J. 20/06/96.

²⁷ STM: “RECURSO CRIMINAL CONTRA DECISÃO QUE REJEITOU A ARGUIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR. CRIME DE HOMICÍDIO PRATICADO POR MILITAR DA ATIVA CONTRA MILITAR NA MESMA SITUAÇÃO. CONFLITO DE COMPETÊNCIA POSITIVO SUSCITADO PELO JUÍZO DA 3ª AUDITORIA DA 1ª CJM JUNTO AO COLENDO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. I - Deve ser considerado militar da ativa, para o fim da aplicação do art. 9º do CPM, aquele agregado nos termos do arts. 80 a 85, ambos da Lei nº 6.880/1980. II - É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que é competência da Justiça Militar processar e julgar militar da ativa que tenha praticado crime contra militar na mesma situação, em observância ao critério “*ratione personae*”, a teor do art. 9º, inciso II, alínea “a”, do CPM. III - A Decisão do Conselho Permanente de Justiça da 3ª Auditoria da 1ª CJM, que rejeitou a arguição de incompetência da Justiça Militar da União para processar

o crime se caracterizar como militar, até porque, como se falou, essa exigência *inexiste* no ordenamento jurídico e acaba sendo fruto de equivocada interpretação que **reduz e desvirtua a natureza do crime militar**, desnaturando-o, e dando causa à *insegurança* jurídica.

O acerto da interpretação jurisprudencial, *que não vincula o crime à motivação e que não exige que esta esteja relacionada com o serviço militar*, atende à regra de hermenêutica na qual: “*onde o legislador não distingue, não cabe ao intérprete fazê-lo*”.

De se prestigiar, assim, a *segurança jurídica* para a identificação e o reconhecimento do crime militar, pois, do contrário, veremos **o crime militar ser desnaturado para o crime comum**, conforme se tem observado de jurisprudência recente dos Tribunais Superiores, *subvertendo* o critério *objetivo* instituído pelo legislador. Paradigma disto são os crimes *políticos*.

A *exegese* para *identificação* e o *reconhecimento* do crime *militar* reside, portanto, no exame do texto infraconstitucional e seus critérios *objetivos*, sob pena de desarmonia com o CPM.

De *se afastar*, portanto, a interpretação, inclusive a *jurisprudencial*, que exija, para caracterização do crime militar, que **o motivo esteja relacionado com o serviço** (motivação), pois este critério (fator) *não é previsto pela lei*.

Observa-se que, a despeito do legislador, *de forma segura e objetiva*, definir quando o crime *militar* se configura, **critério este que não se confunde com o crime comum**, temos verificado que a interpretação jurisprudencial que *impõe a motivação* (exigindo que o móvel do crime tem de estar relacionado com a matéria

e julgar o Recorrente, está em perfeita consonância com o entendimento pacificado no âmbito desta Corte Castrense. IV - Por força do que dispõe o art. 102, alínea “a”, do CPPM, impõe-se a separação de processos no concurso entre a jurisdição militar e comum, ainda que seja reconhecida a conexão ou a continência, não se operando, “in casu”, a prevenção do Juízo da 1ª Vara Criminal Regional de Bangu, na qual tramita o Processo nº 2008.204.020315-6, em relação à 3ª Auditoria da 1ª CJM. V - **Em recentes julgados, a Terceira Seção do colendo Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido a competência da Justiça Militar para o processamento e julgamento de feito dessa natureza, não interessando que os motivos sejam particulares ou que os sujeitos encontrem-se em serviço ou em local sob a Administração Militar, ao argumento de que “militar em situação de atividade quer dizer ‘da ativa’ e não ‘em serviço’, em oposição a militar da reserva ou aposentado”** (Conflito de Competência nº 85.607 – SP) e Conflito de Competência nº 31.977 - RS). Recurso Criminal conhecido e improvido, com encaminhamento de Decisão ao Relator do Conflito de Competência nº 101316/RJ, em trâmite no colendo STJ. Decisão Majoritária.” (Recurso Em Sentido Estrito nº 0000057-90.2008.7.01.0301 (2009.01.007617-0)/RJ – Rel. Min. José Coêlho Ferreira - Decisão: 17/03/2009); INOMINADO - IPM - ARGÜIÇÃO DE INCOMPETÊNCIA PELO MPM. Recurso ministerial que sustenta a incompetência da Justiça Militar da União para o processamento e julgamento do feito em que se examina desavenças entre dois militares fora do âmbito da Caserna e consequente envio dos autos à Justiça Comum. **Indícios suficientes de consumação de crime militar, que por força do art. 9º, inciso II, alínea “a”, do CPM, deve ser submetido à apreciação da Justiça Militar da União, especializada para o processamento e julgamento do feito. “É militar o delito cometido por militar contra militar, independentemente da circunstância do lugar do crime, da condição de serviço ou outra qualquer, podendo os sujeitos ativos e passivo pertencerem à mesma ou a Arma diversa.”** Inexistência de pedido formal de arquivamento, porquanto a matéria em análise, nesta instância “ad quem”, cinge-se à fixação ou não da competência da Justiça Militar da União para o processamento e julgamento do feito. Autos que devem ser baixados ao Juízo “a quo” para o prosseguimento do feito. Recurso indeferido. Decisão unânime” (RECURSO EM SENTIDO ESTRITO nº 0000015-11.2009.7.05.0005 (2009.01.007662-5)/PR – Rel. Min. José Alfredo Lourenço dos Santos - J. 15/09/2009).

do serviço) tem sido a causa da *insegurança jurídica*, **transmutando, de uma forma censurável, o crime militar em comum e subvertendo o critério legal** (*ratione legis*), isto porque esse critério *subjetivo se afasta* da definição legal, daí termos verificado **num único caso interpretações variadas** dos Tribunais militares, ou dos Tribunais de Justiça, do Superior Tribunal Militar e do Supremo Tribunal Federal.

Como o crime *militar* é especial em relação ao crime *comum*, e seus elementos vêm *suficientemente* definidos em lei, de se atentar para a interpretação que é *segura* nos elementos *objetivos* criados pelo legislador para, com precisão, se distinguir o tipo penal castrense do crime comum, este advindo, por exclusão daquele, sob pena de não ter sentido os termos da lei.

A *identificação* e o *reconhecimento* do crime militar *não é* atividade esfumada segundo o ordenamento jurídico, ainda mais com os critérios claros e *objetivos* do CPM, logo, este é o caminho *seguro* para esse procedimento e aplicação *precisa* da lei, devendo o intérprete *se afastar* das inovações não albergadas pela lei, como a exigência de motivação.

Veja que o CPM distingue *quatro* situações para configuração do crime militar, no art. 9º, inciso II: 1) crime *inter milites* (*ratione persone*); 2) crime praticado no interior de estabelecimento militar (*ratione loci*); 3) crime praticado em razão da função ou em serviço (*ratione materiae*) e 4) crime praticado contra a instituição ou a administração militar (*ratione institutio*) e, em nenhuma dessas quatro hipóteses, o legislador condicionou o crime aos motivos de sua prática.

O trabalho do intérprete deve ser o de *delimitar* o significado do que seja crime militar, para que **todo crime do militar não seja um crime militar**, no entanto, **não pode se afastar das balizas legais que o definem, nem mais nem menos**, o que, se ocorrer, a insegurança jurídica será evidente.

Destarte, fazendo coro à lição clássica da doutrina, *o foro militar não é propriamente para os crimes dos militares, sim para os crimes militares*, estes definidos pela lei (*ratione legis*), ou seja, o CPM, razão pela qual **deve o intérprete respeitar o comando legal e o critério objetivo adotado por ela, nada mais. Inexistente, pois, a motivação para a sua caracterização!**

Assim, o operador do Direito, para bem *identificar* e *reconhecer* o crime militar, **excluindo a hipótese de crime comum**, deve se utilizar do único critério adotado pelo ordenamento jurídico, ou seja, o critério *ex vi legis*.

Nessa esteira, se o delito previsto no Código Penal Militar foi praticado *inter milites*, **em situação de atividade** (que significa **estar na ativa**, independentemente de estar de serviço), ou se ele for praticado pelo **militar ou policial militar de serviço**, **não interessa o motivo ou razão da conduta do agente**, mas estas hipóteses são crimes militares seguramente, em obediência ao critério *ex vi legis*.²⁸

²⁸ Assim, dispõe o CPM no art. 9º, inciso II, alínea “a” sobre o crime *inter milites*, desde que os sujeito ativo e passivo **esteja em atividade**, e na alínea “c”, o crime militar cometido pelo sujeito ativo **em serviço**.

Portanto, o **motivo do crime** somente interessará, na *hipótese de condenação*, para aferir *maior gravidade* do crime e, em consequência, o Juiz **elevantar** a pena em face da circunstância judicial correspondente dos “motivos do crime” (art. 69 do CPM), ou em face da agravante de **motivo torpe** ou **motivo fútil** (art. 70, II, alínea “a” do CPM), ou para *facilitar ou assegurar a execução, a ocultação, a impunidade ou vantagem de outro crime* (art. 70, II, alínea “b” do CPM).

A caracterização do crime militar **não depende da motivação da conduta do agente**, bastando, apenas, por imposição legal, o preenchimento de **requisitos objetivos** no caso concreto (**circunstâncias taxativamente descritas pelo legislador quando o agente pratica o crime**, como **estar na ativa** quando o crime é praticado contra outro militar na mesma situação; ser praticado por militar da ativa **no interior do quartel; estar de serviço** etc.; e **o fato delituoso estar tipificado na Lei Penal Militar**). Logo, **o desprezo para essas exigências legais irão, indevidamente, descaracterizar o delito impropriamente militar para um delito comum**, causando a *insegurança* jurídica que **se deve evitar**, e muitas vezes, pondo a perder todo o trabalho da Justiça **Especializada** quando, por exemplo, os Tribunais Superiores anulam o processo *ab initio* sob o fundamento de que o **crime é comum e não militar** (como mencionado no início deste artigo *exigindo-se que os motivos do crime estejam vinculados ao serviço militar*).

A estrutura típica do crime militar (*essentialia delicti*) **se caracteriza apenas por elementos de ordem objetiva, logo, não se pode inserir a motivação** (elemento de ordem subjetiva) *no exame do caso concreto*, sob pena de **se desnaturar** o que seja **crime militar** para indevidamente e *contra legem*, transformá-lo em **crime comum**.

É por isso que, como demonstramos, **não importa para a caracterização do crime militar o sujeito ativo conhecer a identidade da vítima** (se militar ou civil), pois o critério taxado na lei é **o objetivo**, sob pena de estar instituído a *insegurança* jurídica.

A caracterização do crime militar **deve ocorrer com base nos critérios definidos no CPM**, portanto, **sob o enfoque exclusivamente técnico**, caso contrário ocorrerá a indevida interferência do critério sob o enfoque político, e neste piso há de se parafrasear **Nelson Hungria**²⁹, **o maior penalista brasileiro, que afirmava**

²⁹ *Apud*, Sanderson Moura, “*O advogado nos processos políticos*”, capturado na internet em 21.04.12: (<http://sandersonmoura.blogspot.com.br/2008/05/o-advogado-nos-processos-politicos.html>). Luiz Vicente Cernicchiaro, “*A prisão perpétua*”, ali afirmando: “**É certo que no momento em que a política entra na sala, o Direito sai pela janela**” (<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/342/544>)

De igual modo: “**Quando a política penetra no recinto dos Tribunais, a Justiça se retira por alguma porta**” (Guizot), capturado na internet em 21.04.12: (<http://www.felipex.com.br/proverbios16q.htm>). Ainda, Mouraz Lopes, discurso de posse na Associação Sindical dos Juizes Portugueses (ASJP): “*Os juizes portugueses não são diferentes dos juizes dos países da Europa ou dos Estados Unidos. Não fazem política. Não têm agenda política. Quando pela porta da magistratura entra a política, a justiça sai pela janela*”, (capturado na internet em 21.04.12 (<http://www.inverbis.pt/2012/juizes/juizes-nao-tem-agenda-politica>))

“quando a política entra pela porta do tribunal a Justiça pula envergonhada pela janela”, lição esta que aqui cai como uma luva para se evitar que fatores de ordem política possam desnaturar o crime militar, em prejuízo do Direito.

Por fim, de se aplaudir e fazer coro, portanto, **a interpretação e a jurisprudência que reconheça o crime militar fiando-se exclusivamente no ordenamento jurídico positivo, onde a motivação não tem qualquer interferência**, isto porque a caracterização do crime militar é *ex vi legis*, como aqui demonstrado, **excluindo, assim, o crime comum.**

Afinal, dura lex, sed lex!

Direito Processual Penal Militar

A competência do juízo colegiado na Justiça Militar: crimes contra a administração militar em conexão com os crimes de competência do juízo singular

Cleiton Leal Guedes*

Introdução

A Justiça Militar Estadual é composta de duas Instâncias, quais sejam: a 1ª Instância, constituída pelos Juízes de Direito do Juízo Militar; Juízes de Direito Substitutos do Juízo Militar; Conselho Especial de Justiça e Conselho Permanente de Justiça; e a 2ª Instância, constituída pelo Tribunal de Justiça Militar ou pelo Tribunal de Justiça¹, observada a lei de organização judiciária de cada Estado.

Inovações trazidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004. A EC nº 45/2004, também conhecida como “Reforma do Poder Judiciário”, no que concerne à Justiça Militar Estadual, tratou de ampliar esse ramo Especializado do Poder Judiciário.

Os §§ 3º e 4º do art. 125 de nossa Carta Magna, *antes de sua alteração*, assim dispunham:

“Art. 125 - . . .

§ 3º A lei estadual poderá criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar estadual, constituída, em primeiro grau, pelos Conselhos de Justiça e, em segundo, pelo Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar nos Estados em que o efetivo da polícia militar seja superior a vinte mil integrantes.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares, definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.”

As inovações trazidas pela EC nº 45, não só alterou os §§ 3º e 4º do art. 125 do Texto Magno, como, também, criou o § 5º, que trouxe vasta inovação à Justiça Militar, com a instituição da *competência civil especializada nas ações civis contra atos disciplinares militares*, assim como melhor definiu a matéria de competência do órgão colegiado (Conselho de Justiça) e do juiz singular (Juiz de Direito ou monocrático). Vejamos:

* Advogado militante na Justiça Militar do Estado de São Paulo, Especialista em Direito Processual Penal pela UniFMU e Especialista em Direito Tributário pela UniFMU.

¹ Atualmente, o Tribunal de Justiça Militar é instituído apenas nos Estados de São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul, assim, nos demais Estados, onde não foram instituídos, o Tribunal de Justiça atua como tal órgão.

“Art. 125 - . . .

§ 3º 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.

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações civis 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.

§ 5º Compete aos juizes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra os atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência do juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.”

Nesse sucedâneo, como bem assevera o brilhante jurista RONALDO JOÃO ROTH², “comparando-se o Texto reformado com o Texto Constitucional anterior, observa-se, de maneira resumida, que: a Justiça Militar teve ampliada a sua competência, adicionando a sua competência criminal às **ações judiciais contra os atos disciplinares; ocorreu a instituição de competência interna singular ao juiz de direito, alterando a antiga denominação da legislação infraconstitucional de juiz auditor, e atribuindo-lhe o processo e o julgamento dos crimes contra a vítima civil e das ações judiciais contra atos disciplinares, ao lado da competência colegiada do Conselho de Justiça para os demais casos; a presidência dos Conselhos de Justiça passou agora ao juiz de direito; e a Justiça Militar não possui mais a competência para os casos de competência do tribunal do júri.**”

Portanto, dentre as várias alterações trazidas pela EC nº 45/2004, a inovação mais substancial foi a inserção da competência do juiz monocrático – Juiz de Direito togado – que, além de processar e julgar os crimes militares cometidos contra civis, também lhe conferiu papel preponderante perante o Conselho de Justiça, que figurará como Presidente, dentre os cinco juizes integrantes daquele Colegiado.

Do Conselho de Justiça. Passemos, então, a discorrer sobre a competência do Juízo Colegiado na Justiça Militar, também chamada de Justiça Castrense, adentrando-se ao tema do presente artigo, face à inexistência de lei, desde a EC nº 45/2004, que regulamente a distinção de competências trazidas pela referida reforma constitucional.

Inicialmente, insta-se observar que para composição do Conselho de Justiça é imprescindível que seja observado o princípio hierárquico, prevalecendo-se dois valores inequívocos para sua formação – a *superioridade hierárquica* e a

² Roth, Ronaldo João. “Primeiros Comentários sobre a Reforma Constitucional da Justiça Militar estadual e seus efeitos, e a reforma que depende agora dos operadores do Direito”, RT, 853/459-463.

antiguidade. Nota-se, contudo, que diante de situações em que não seja possível a distinção de patentes entre os Juízes Militares e o réu, será imprescindível, então, que os integrantes do Conselho de Justiça sejam mais antigos que o acusado, predominando-se o critério de antiguidade.

O Conselho de Justiça, apto a julgar os crimes que não são de competência do Juiz Singular, tem como espécie o *Conselho Permanente de Justiça* (formado *trimestralmente* para o processo e julgamento de *Praças*) e o *Conselho Especial de Justiça* (formado *especialmente* para o processo e julgamento de *Oficiais*), cuja composição, competências e particularidades serão reguladas pela Lei de Organização Judiciária de cada Estado, a exemplo do Estado de São Paulo, que regulamenta tal matéria através da Lei nº 5.048/58.

Nesta feita, o Conselho de Justiça é formado de quatro juízes militares e um Juiz de Direito. Os juízes militares, por sua vez, serão Oficiais militares, cuja escolha dar-se-á por sorteio, observada às disposições da mencionada Lei de Organização Judiciária de cada Estado, inclusive no que concerne ao tempo de exercício desta função.

Dos crimes julgados pelo Conselho de Justiça. Com o advento da EC nº 45/2004 e a inserção do § 5º ao art. 125 de nossa Carta Magna, sobreveio a celeuma quanto à competência para se processar e julgar crimes quando a vítima for civil. Veja-se:

O § 5º do art. 125 do Texto Magno estabelece que “*Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra os atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência do juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.*”

Nessa baila, uma vez que ainda não há disciplina infraconstitucional sobre dita inovação constitucional, em especial, quanto à definição do que se entenderá por “*os demais crimes militares*” cabe aos operadores do Direito discorrer sobre tal tema, a fim de se estabelecer os critérios para as discussões daí advindas, dentre elas, se caberá ao Conselho de Justiça a competência para julgar crimes que envolvam, como vítima secundária, o civil.

Pois bem, por exceção, caberá ao Juiz Singular processar e julgar os crimes militares não dolosos contra a vida, cuja ação criminosa tenha sido desencadeada contra um civil e, por conseqüência, os demais crimes ficam sob a competência do Conselho de Justiça.

O eminente doutrinador RONALDO JOÃO ROTH³, assevera que “*...o melhor critério para definir a competência interna do Juízo Castrense de Primeira Instância singularmente ao juiz de direito, quando a vítima é civil, não deve alcançar os delitos em que eventualmente e de modo secundário o civil possa ser sujeito passivo daqueles crimes, devendo a interpretação para tal respeitar o bem*

³ ROTH, Ronaldo João. “Primeiros Comentários sobre a Reforma Constitucional da Justiça Militar estadual e seus efeitos, e a reforma que depende agora dos operadores do Direito”, RT, 853/459-463.

jurídico tutelado e a classificação do crime, dele decorrente, e não o critério sui generis da vítima civil.”

E Roth, acresce, ainda, “*note-se que o critério de ser a vítima civil, instituído pelo Texto Magno para definir a competência interna no Juízo Militar, reservando aquele fato à competência do juiz monocrático, deve, no caso concreto, ser considerado ao lado do bem jurídico atingido, pois este vai revelar se o fato de existir uma vítima civil constituirá um crime que irá excluir ou não a competência do Juízo colegiado (Escabinato)”*.

Dos crimes contra a administração militar em conexão com os crimes do Juízo Singular. Verifica-se que a doutrina e jurisprudência têm se firmado no sentido de que há necessidade de distinguir, nos casos de crimes militares praticados contra civis, se a vítima é *primária* ou *secundária*, para, só então, determinar-se a competência do Órgão jurisdicional, haja vista o bem jurídico tutelado.

Como assevera o eminente doutrinador e jurista RONALDO JOÃO ROTH⁴, “... *os crimes contra a Administração Militar devem ser julgados pelo Conselho de Justiça, pois “há delitos militares em que o civil pode ser vítima primária, isso equivale dizer que ela é titular do bem jurídico tutelado pela Lei Penal Militar (vida, liberdade, honra, patrimônio, etc.), no entanto, nos crimes contra a Administração Pública, o sujeito passivo em primeiro plano é o Estado ou a Administração Pública, como é o caso do peculato, da concussão e da corrupção passiva, podendo eventualmente o civil ser sujeito passivo secundário.(...) Nesses casos, em havendo eventualmente o civil como vítima, ainda assim prepondera a classificação do crime e não o bem em que foi atingido o civil...”*

De igual modo, o jurista JORGE CÉSAR DE ASSIS, citado por RONALDO JOÃO ROTH⁵, afirma que “*com a mudança constitucional, o constituinte derivado quis deixar à competência do juiz de direito singularmente, e não ao Conselho de Justiça, os delitos militares que objetivamente atingem o bem jurídico da vítima primária, o civil, como ocorrem nos crimes contra a pessoa e contra o patrimônio. Mas não é somente isso. O civil pode ser vítima primária de crime militar nos delitos: contra a pessoa (homicídio, lesão corporal, ameaça, etc.) e contra o patrimônio (furto, roubo, apropriação indébita, etc.), tipos penais esses que serão processados e julgados perante o juiz de direito, e ser vítima secundária de crime militar nos delitos contra a Administração Pública, tipos penais estes últimos que deverão merecer apreciação pelo Conselho de Justiça e não pelo juiz de direito.”*

Destaca-se que nos crimes contra a Administração Militar, inseridos no Título VII, Capítulos I a VII do Código Penal Militar, há o interesse público quanto ao normal funcionamento da administração militar, seja no que concerne à probidade, capacidade, a disciplina, à fidelidade e ao decoro.

Noutra feita, o sujeito passivo direto será o titular do bem jurídico atingido pela conduta criminosa e, sendo assim, em determinados crimes, o particular

⁴ ROTH, Ronaldo João. “A competência constitucional criminal dos órgãos de primeira instância da Justiça Militar estadual e o princípio constitucional do juiz natural.”. AMAJME. 84/7-12.

⁵ ROTH, Ronaldo João. Op. cit.

poderá figurar como sujeito passivo *secundário*, ao lado do Estado, enquanto Administração Militar.

Nesse prisma, diante de uma interpretação literal do texto constitucional, o ínclito jurista ENIO ROSSETO JUNIOR e o Prof. MARCO ANTONIO DE BARROS⁶ afirmam que *“a competência para processar crimes militares cometidos pelos militares estaduais contra vítima civil, estando ela em qualquer das duas situações – sujeito passivo primário ou secundário – passou a ser, singularmente, do juiz de Direito, por força do que dispõe o art. 125, § 5º, CF/88 (...). Fazer outra interpretação da norma constitucional é mudar o sentido literal que os legisladores deram à Constituição, sob pena de tornar letra morta o § 5º do art. 125 da CF/88, até porque se o Estado é sujeito passivo constante, em todos os crimes, não se fixará jamais a competência do juiz de Direito, o que é um arrematado absurdo...”*

Ainda, nas palavras de ENIO ROSSETO JUNIOR e MARCO ANTONIO DE BARROS, basta a existência de uma vítima civil, para que a competência passe a ser do Juiz Singular, sendo irrelevante se esta figurará como sujeito passivo primário ou secundário.

Para os citados doutrinadores, ENIO ROSSETO JUNIOR e MARCO ANTONIO DE BARROS, o esforço intelectual para interpretar a Constituição Federal mostra-se dispensável para o caso em tela e, ainda, a inovação trazida pela EC nº 45/2004 não pode ser modificada na solução do caso concreto.

Ultrapassados divergentes entendimentos em nossa doutrina, insta destacar, que problema maior existe quando um militar pratica mais de um crime militar e, dentre eles, um é competência do Juiz Singular, pois figura como sujeito passivo primário o civil e, outro crime, cuja competência seja do Conselho de Justiça.

Diante de referida situação, poder-se-ia ter a seguintes possibilidades de processamento: a) cisão dos processos e do julgamento desde o início; b) processo e julgamento apenas pelo Conselho de Justiça; c) processo e julgamento apenas pelo Juiz Singular; d) processamento e o julgamento em razão do delito de maior gravidade; e) instrução probatória perante o Colegiado, cindindo-se o processo apenas no momento do julgamento, onde, então, seriam proferidas duas sentenças – uma singular, pelo Juiz Singular – outra Colegiada, pelo Conselho de Justiça.

Segundo o mestre RONALDO JOÃO ROTH⁷ tem-se que: *“...por razões processuais de conexão ou de continência, em que a prova de um delito influirá na do outro delito ou exista coautoria na prática infracional, o processo deve ocorrer perante o Conselho de Justiça, formado pelo juiz de direito (que é o seu presidente) e pelos quatro juízes militares, devendo o julgamento do crime contra a vítima civil ocorrer perante o juiz de direito singularmente e, perante o Conselho de Justiça, os demais delitos.”*

Nesse entendimento, permite-se, então, que a instrução processual se realize perante o Conselho de Justiça, que é conduzida exclusivamente pelo Juiz

⁶ BARROS, Marco Antonio de. ROSSETTO, Enio Luiz. “Justiça Militar Estadual e a Reforma do Judiciário”, RT, 849/454-465.

⁷ ROTH, Ronaldo João. “Primeiros Comentários sobre a Reforma Constitucional da Justiça Militar estadual e seus efeitos, e a reforma que depende agora dos operadores do Direito”, RT, 853/459-463.

Singular, evitando-se que haja duplicidade de atos processuais ou, até mesmo, duas oitivas da mesma testemunha, em consonância com o princípio da economia processual.

Ademais, vale lembrar, que o Juiz Singular, enquanto relator e presidente do Conselho de Justiça, tem poderes de instrução, de disciplina, de impulsão, além da competência para a prática de atos decisórios, mantendo-se válido, portanto, a garantia do juiz natural.

Com a redação do § 5º do art. 125 de nossa Carta Magna, pretendeu o constituinte que o ato decisório, qual seja, o julgamento, fosse de competência do Juiz Singular nos crimes praticados contra civil, logo, nesse diapasão, tendo em vista que o Juiz Singular figura como presidente do Conselho de Justiça, então, a instrução por ele colhida é legítima acerca dos ditames constitucionais.

Também, diante do processamento único, seja por conexão ou continência, admite-se a realização de uma única sessão de julgamento, sendo, todavia, precedida de uma decisão de competência do Juiz Singular e outra de competência do Conselho de Justiça.

O festejado doutrinador JORGE CÉSAR DE ASSIS⁸ acentua que “*essa medida de processamento único teria como vis atractiva os crimes de competência do Conselho de Justiça, seja, como se falou, por conexão ou por continência, trazendo economia processual à instrução do fato, quando então tornaria uno o processo. O julgamento sim, como se falou, deve ser cindido (art. 105 do CPPM), guardando-se a exclusividade imposta pela EC 45 e deixando os crimes contra civil para o julgamento do Juiz de Direito. A sessão de julgamento pode ser única, todavia, será precedida de **cisão do julgamento**, permitindo que os crimes processados numa mesma instrução e com base numa única denúncia fossem julgados separadamente.*” (g.n.)

Sobre tal tema, o *Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo* já balizou seu entendimento no sentido de que seja admitido o processamento único dos autos, devendo os autos serem processados perante o Conselho de Justiça e, no que concerne ao crime cujo sujeito passivo principal seja o civil, deve o Juiz Singular, enquanto presidente do Conselho de Justiça, proferir sentença nesse sentido.

Vale destacar, que tal entendimento é alvo de discussões desde a instituição da EC nº 45/2004, havendo inúmeros precedentes neste sentido, dentre eles: 36.709/03, 30.219/01 e 34.726/03, todos da 1ª Auditoria Militar do Estado de São Paulo, sob a titularidade do MM. Juiz de Direito, Dr. Ronaldo João Roth.

Aqui, *data vênia*, permita-nos exemplificar que fatos, aparentemente simples, recaem, rotineiramente, sobre a celeuma em tela, tais como: acidente de trânsito, envolvendo viatura oficial da Polícia Militar, em que há vítima civil e policial militar. Nestes casos, o *Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo* sedimentou entendimento que haverá processamento único dos autos, com uma única instrução

⁸ ASSIS, Jorge César de. *Direito Militar – Aspectos penais, processuais penais e administrativos*. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 196-197.

criminal, contudo, quando da sentença, será o crime contra o civil julgado pelo MM. Juiz Singular e os demais crimes, pelo Conselho de Justiça.

Noutra feita, corrente minoritária da doutrina entende que deve haver separação dos processos. Nessa toada, o doutrinador CÉLIO LOBÃO⁹ assevera que “... considerando que a competência do Juiz de Direito do Juízo Militar e do Conselho de Justiça é constitucional, não há unificação de processos conexos e continentes, os feitos serão separados: as infrações penais militares cometidas pelo militar estadual contra civil são processadas e julgadas pelo Juiz de Direito do Juízo Militar; ressaltava a competência do Tribunal do Júri; os demais crimes militares definidos em lei praticados pelo militar estadual são da competência do Conselho de Justiça, Especial ou Permanente (art. 125, §§ 4º e 5º, da CF).”

Diante do exposto, adotando-se a corrente majoritária da doutrina e jurisprudência, até que haja lei específica que regulamente a matéria aqui tratada, melhor sorte assiste ao entendimento de que, havendo em um mesmo processo, crimes contra a vítima civil e contra a administração pública, admitir-se-á o processamento único dos autos perante o Conselho de Justiça, com a prática de uma única instrução criminal e, ao final, seja proferida sentença englobando a decisão de competência do Juiz Singular (quanto ao crime militar contra civil) e a decisão de competência do Conselho de Justiça (em relação ao crime militar contra a Administração).

Conclusão

Com o advento da EC nº 45/2004, dentre outras alterações por ela trazidas, tratou ela de ampliar a atuação da Justiça Militar estadual, adicionando à sua competência criminal as ações judiciais contra os atos disciplinares, bem como instituiu a competência singular do Juiz de Direito, atribuindo-lhe o mister exclusivo do processo e o julgamento dos crimes contra a vítima civil e das ações judiciais contra atos disciplinares, atribuindo-lhe, ainda, a presidência do Conselho de Justiça.

Mormente, merece destaque, que dentre as alterações trazidas pela EC nº 45/2004, a inovação mais substancial foi a determinação da competência do Juiz de Direito (togado) para processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis.

Nessa baila, diante da ausência de lei infraconstitucional que regulamente a matéria, em especial, quanto à definição da abrangência da expressão “os demais crimes militares” contida no final do § 5º do art. 125 da CF/88, cabe aos operadores do Direito discorrer sobre tal tema, firmando entendimento quanto aos critérios que devem observados para fixação da competência do Juiz Singular e do Conselho de Justiça, quando a vítima for civil.

Como bem asseverado, caberá ao Juiz Singular processar e julgar os crimes militares não dolosos contra a vida, cuja ação criminosa tenha sido desencadeada

⁹ LOBÃO, Célio. Direito Processual Penal Militar. 2ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 210.

contra um civil e, por consequência, os demais crimes ficam sob a competência do Conselho de Justiça.

Desta forma, para fixação da competência do Juiz Singular ou do Conselho de Justiça, nos crimes militares em que também figure vítima civil, imprescindível verificar quem se destaca como sujeito passivo primário e secundário; se figurar como sujeito passivo primário o civil, a competência para processar e julgar referido delito será do Juiz Singular, com fulcro no § 5º do art. 125 da CF/88; de outra sorte, se o sujeito passivo primário for a Administração militar, a competência para processar e julgar dito delito será do Conselho de Justiça, presidido pelo Juiz Singular, ainda que um civil seja vítima de modo secundário.

E, ainda, vale destacar, que há delitos militares em que o civil pode ser vítima primária - titular do bem jurídico tutelado pela Lei Penal Militar (*verbi gratia* vida, liberdade, honra, patrimônio, etc.). Contudo, também há crimes contra a Administração Pública, em que o sujeito passivo, em primeiro plano, é o Estado ou a Administração Pública, como é o caso do peculato, da concussão e da corrupção passiva, podendo, eventualmente, o civil, figurar como sujeito passivo secundário, no entanto, ainda assim, para fixação de competência (Juiz Singular ou Conselho de Justiça), prepondera a classificação do crime onde o tipo penal está localizado no *Codex* Penal Militar (*verbi gratia* crime contra a administração militar) e não o bem que o civil teve atingido, porquanto, nesses casos, o legislador preocupou-se em tutelar o bem jurídico “administração militar”, imperando-se, portanto, que a competência para processá-lo e julgá-lo seja o Conselho de Justiça, presidido pelo Juiz de Direito.

Também, na melhor letra da doutrina e jurisprudência, em homenagem ao princípio da economia processual, sedimentou-se o entendimento de que compete ao Conselho de Justiça, a instrução processual dos crimes militares conexos com outros crimes de competência do Juiz Singular (em que o civil figure vítima primária), ocorrendo a cisão apenas do julgamento, quando, então, este último é julgado pelo Juiz de Direito singularmente, e aquele primeiro pelo Conselho de Justiça.

Em outras palavras, admitir-se-á o processamento único dos autos, por razões processuais de conexão ou de continência e, ainda, em atenção ao princípio da economia processual, poderá ser realizada uma única instrução criminal, presidida pelo Juiz Singular, enquanto presidente do Conselho de Justiça. Contudo, ao final, o julgamento deve se dar de forma cindida, sendo os crimes julgados separadamente, podendo, inclusive, se ter uma única sentença, contudo, destacadas as decisões de competência do Juiz Singular e do Conselho de Justiça.

Assim, por certo que, a Reforma do Judiciário, com a instituição da Emenda Constitucional nº 45/2004, em especial, no que concerne à alteração do art. 125 da Constituição Federal, trouxe inovações à Justiça Militar estadual, permitindo aos operadores do Direito que ali militam, ao longo destes anos, posicionasse entendimento quanto à interpretação das normas constitucionais em destaque, observados os preceitos prementes desta Justiça Especializada.

Referências bibliográficas

- AMARAL, Ana Paula Leite do. “Aspectos da Reforma do Judiciário no Âmbito da Justiça Militar Estadual”. THEMIS – Revista da Escola Superior de Magistratura do Estado do Ceará. p.235-251
- ASSIS, Jorge César de. Direito Militar – Aspectos penais, processuais penais e administrativos. 2. Ed. Curitiba: Juruá, 2007, p. 196-197.
- BARROS, Marco Antonio de. ROSSETTO, Enio Luiz. “Justiça Militar Estadual e a Reforma do Judiciário”, RT, 849/454-465.
- DALABRIDA, Sidney Eloy. “A nova competência da Justiça Militar – uma abordagem à luz da Emenda Constitucional nº 45/2004”. Revista da ESMESC, v. 12. N. 18, 2005, p. 265-284.
- Direito Penal Militar e Processual Penal Militar. Caderno Jurídico. São Paulo: Escola Superior do Ministério Público de São Paulo, 2001.
- LOBÃO, Célio. Direito Processual Penal Militar. 2ª Ed. Rio de Janeiro, Forense, 2010, p. 210.
- MORAES, Alexandre de. Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional. Ed. Atualizada até a EC nº 55/07 – São Paulo: Atlas, 2007.
- ORTIZ, Kelly Watanabe Cunha Martins. “Processo e julgamento na hipótese de militar do Estado praticar crimes militares de competência do Juiz Monocrático e também do Conselho de Justiça à Luz do § 5º do artigo 125 da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/2004”.
- ROTH, Ronaldo João. RAMOS, Dircêo Torrecillas., COSTA, Ilton Garcia da. Direito Militar: doutrinas e aplicações. 1ª Ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- ROTH, Ronaldo João. Temas de Direito Militar. 1ª Ed. – São Paulo: Suprema Cultura, 2004.
- ROTH, Ronaldo João. “Primeiros Comentários sobre a Reforma Constitucional da Justiça Militar estadual e seus efeitos, e a reforma que depende agora dos operadores do Direito”, RT, 853/459-463.
- ROTH, Ronaldo João. “A competência constitucional criminal dos órgãos de primeira instância da Justiça Militar estadual e o princípio constitucional do juiz natural.”. AMAJME. 84/7-12.

A judicatura na Justiça Militar

Clóvis Santinon*

Sem a pretensão de esgotar o assunto, esta resenha pretende abordar o papel desempenhado pela Magistratura da Justiça Militar, com especial ênfase na atuação e competência dos juízes militares – suas semelhanças e diferenças – que atuam em Primeira e Segunda Instâncias desta Especializada.

Aproximação histórico-constitucional

A necessidade de uma jurisdição especializada na questão dos delitos militares aparece pela primeira vez na história constitucional do Brasil independente na Primeira Constituição Republicada (1.891), que em seu artigo 77 declara que “*os militares de terra e mar terão foro especial nos delitos militares*”. E no parágrafo primeiro do mesmo artigo fixa que será do Supremo Tribunal Militar, composto por membros vitalícios, o foro mencionado no *caput*, cabendo aos conselhos a tarefa de formação da culpa e julgamento de crimes.

Entretanto, naquele texto ainda não está concretizada a ideia de uma Justiça Militar como órgão integrante da estrutura do Poder Judiciário.

Nas palavras do Professor e também E. Magistrado desta Corte, Dr. PAULO ADIB CASSEB:

“Nesse momento¹, o “Rei do Brasil” inaugurava o Conselho Supremo Militar e de Justiça, aqui definido como nosso primeiro órgão de ‘Justiça’ na seara militar, pois, à época, não compunha qualquer estrutura judiciária, embora exercesse verdadeira função jurisdicional. A partir da proclamação da República, o Conselho Supremo Militar e de Justiça transformou-se, sob a égide da Constituição de 1891, no Supremo Tribunal Militar, mas ainda não integrava o Judiciário e sim o Poder Executivo.” (Casseb, 2011)

A lacuna foi preenchida com o texto constitucional de 1934, que trazia em seu artigo 63, expressamente, os Juízes e Tribunais militares como órgãos do Poder Judiciário, acrescentando à competência castrense especializada, além dos militares, o julgamento dos assemelhados, estendendo-se o foro aos civis, com a devida reserva legal, para repressão a crimes contra a segurança externa do país ou contra as instituições militares.

* Juiz do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo.

¹ O texto faz referência ao momento da chegada de D. João VI e da Corte Portuguesa ao Brasil, no ano de 1808.

O conteúdo das normas constitucionais expressas, tanto na Constituição de 1937 quanto na de 1946, não sofreu alterações significativas, em relação à sua predecessora de 1934.

Por sua vez, a Constituição de 1967, que manteve a competência do foro militar para o julgamento dos militares e assemelhados nos crimes militares, bem como a extensão excepcional dessa competência para o julgamento de civis, nos casos expressos em lei, para a repressão de crimes contra a segurança nacional e contra as instituições militares, foi a primeira a fazer expressa menção à Justiça Castrense Estadual.

No seu artigo 136, §1º, alínea “d”, há autorização expressa aos Estados para criarem, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar Estadual, tendo como órgãos os Conselhos de Justiça em primeira instância, e um Tribunal especial ou Tribunal de Justiça, em segundo grau.

No texto constitucional de 1969 não houve alteração substancial nas regras constitucionais sob exame, sendo mantida a competência genérica para o julgamento de militares e assemelhados nos casos de crimes militares e excepcionalmente de civis, na hipótese de crimes previstos em lei e atos que atentem contra a segurança nacional ou contra as instituições militares.

Quanto à justiça militar estadual, foi mantida a autonomia dos Estados para a sua criação, mediante proposta de Lei oriunda do Tribunal de Justiça, acrescentando que sua competência será limitada ao julgamento dos integrantes das polícias militares nos crimes militares definidos em lei.

Atualmente, a *Justiça Militar Estadual* está assim definida na Constituição Federal:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

§ 1º - A competência dos tribunais será definida na Constituição do Estado, sendo a lei de organização judiciária de iniciativa do Tribunal de Justiça.

...

§ 3º - 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 4º - 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

§ 5º - Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar,

singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

A competência do *Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo*, em obediência ao disposto no artigo 125, §1º, da Lei Maior, foi assim fixada pela Constituição do Estado de São Paulo, de 05/10/1989, com as alterações promovidas pela Emenda Constitucional Estadual nº 21/2006, já inseridas no texto:

Artigo 54 - São órgãos do Poder Judiciário do Estado:

...

II - o *Tribunal de Justiça Militar*;

...

VI - as *Auditorias Militares*;

Artigo 79 - A – A *Justiça Militar do Estado* será constituída, em primeiro grau, pelos juízes de Direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo grau, pelo *Tribunal de Justiça Militar*.

Artigo 79 - B – Compete à *Justiça Militar estadual* processar e julgar os militares do Estado, 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 ainda decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Artigo 80 - O *Tribunal de Justiça Militar do Estado*, com jurisdição em todo o território estadual e com sede na Capital, compor-se-á de sete juízes, divididos em duas câmaras, nomeados em conformidade com as normas da Seção I deste Capítulo, exceto o disposto no art. 60, e respeitado o art. 94 da Constituição Federal, sendo quatro militares Coronéis da ativa da *Polícia Militar do Estado* e três civis.

Artigo 81 - Compete ao *Tribunal de Justiça Militar* processar e julgar:
I - originariamente, o *Chefe da Casa Militar*, o *Comandante-Geral da Polícia Militar*, nos crimes militares definidos em lei, os mandados de segurança e os “*habeas-corpus*”, nos processos cujos recursos forem de sua competência ou quando o coator ou coagido estiverem diretamente sujeitos a sua jurisdição e às revisões criminais de seus julgados e das *Auditorias Militares*;

II – em grau de recurso, os policiais militares, nos crimes militares definidos em lei, observado o disposto no artigo 79 – B.

§ 1º - Compete ainda ao *Tribunal* exercer a correção geral sobre as atividades de *Polícia Judiciária Militar*, bem como decidir sobre a perda do posto e da patente dos *Oficiais* e da graduação das praças.

§ 2º - Compete aos juízes de Direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho

de Justiça, sob a presidência do juiz de Direito, processar e julgar os demais crimes militares.

§ 3º - Os serviços de correição permanente sobre as atividades de Polícia Judiciária Militar e do Presídio Militar serão realizados pelo juiz de Direito do juízo militar designado pelo Tribunal.”

A Justiça Militar do Estado de São Paulo. Trata-se de uma Justiça de natureza especial, assentada sua competência em normas constitucionais, que se utiliza, basicamente, no âmbito de sua atuação criminal, das principais legislações atinentes ao tema Penal Militar – o Código Penal Militar (Decreto-lei nº 1.001, de 21/10/1969) e o Código de Processo Penal Militar (Decreto-lei nº 1.002, de 21/10/1969), sem descurar, evidentemente, de todas as demais normas aplicáveis do ordenamento jurídico nacional.

A Justiça Militar Paulista foi instituída pela Lei Estadual nº 2.856, de 8/01/1937, que criou o Tribunal de Justiça Militar, com a denominação de Superior Tribunal de Justiça Militar, alicerçada pela Lei Federal nº 192, de 17/01/1936, que reorganizava as polícias militares dos Estados e da União.

Os Conselhos de Justiça, de remota origem histórica, atualmente, possuem competência para processar e julgar os militares nos delitos militares definidos em lei, com ressalva dos crimes dolosos contra a vida de civis e, na esfera castrense estadual, com exceção dos crimes militares cometidos contra civis (de competência singular do Juiz de Direito).

A organização judiciária militar paulista é regradada pela Lei Estadual nº 5.048, de 22/12/1958, que também regulamenta a composição e a forma de escolha dos componentes dos Conselhos de Justiça:

Artigo 4º - Duas são as categorias dos Conselhos de Justiça:

I - especial, organizado para processo e julgamento de oficiais;

I - permanente, para processo e julgamento de inferiores e praças.

§ 1º - O Conselho Especial compor-se-á do Juiz auditor e de quatro juízes militares de patente superior a do acusado, ou da mesma graduação deste, sob a presidência de oficial superior ou do mais antigo no caso de igualdade de posto.

§ 2º - O Conselho Permanente compor-se-á do juiz auditor e de quatro juízes militares, um dos quais deverá ser oficial superior, competindo-lhe a presidência.

Artigo 5º - Os Conselhos funcionarão na sede da Auditoria.

Artigo 6º - Os componentes militares dos Conselhos serão escolhidos por sorteio a que procederá, publicamente, o juiz auditor, em dia e hora previamente designados, com a presença do promotor e do escrivão:

I - trimestralmente, para a constituição do Conselho Permanente, que funcionará pelo prazo de um trimestre consecutivo;

II - em cada caso de acusação a oficial, para a composição do necessário Conselho Especial.

A composição dos Conselhos de Justiça foi instituída pelo Decreto-Lei nº 925, de 02/12/38, que instituiu o Código de Justiça Militar e, desde então, os Conselhos Especiais de Justiça são compostos por um Juiz de Direito do Juízo Militar e quatro oficiais de patente superior à do réu (Oficial), ou em igualdade de posto, quando necessariamente o Juiz Militar deverá ser mais antigo que o acusado.

O Juiz de Direito de Primeiro Grau. Os Conselhos Permanentes de Justiça, com missão de julgar os crimes militares cometidos por praças da Corporação, são compostos também por um Juiz de Direito do Juízo Militar e mais quatro Oficiais.

Em ambas as modalidades dos Conselhos de Justiça (Permanente e Especial), o Juiz de Direito do Juízo Militar integra o Escabinato Julgador, cabendo-lhe, desde o advento da Emenda Constitucional nº 45/04, a presidência dos trabalhos. Dentre suas atribuições, estão atos de suma importância para o desenvolvimento regular do processo, a exemplo do recebimento da denúncia, o sorteio e a condução dos trabalhos do Conselho de Justiça, a elaboração da Sentença, além da competência para processamento e julgamento dos crimes militares contra vítimas civis, em estrita obediência ao mandamento constitucional.

Outro diferencial do Juiz de Direito do Juízo Militar em relação aos Juízes Militares componentes dos Conselhos de Justiça é que aquele ingressa na carreira mediante concurso público de provas e títulos, com todas as garantias constitucionais e legais, dentre elas a vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de vencimentos.

Os Juízes Militares de Primeiro Grau. De outro lado, os Juízes Militares são Oficiais Policiais Militares investidos da função, pelo período de três meses, quando compõem os Conselhos Permanentes de Justiça, ou até o encerramento do processo em Primeiro Grau, nos Conselhos Especiais. Sua escolha se dá mediante sorteio eletrônico, a partir de uma relação prévia enviada à Justiça Militar, fornecida, atualmente, pela Corregedoria da Polícia Militar, observados os seguintes critérios legais:

Lei nº 5.048/1958

Artigo 7º - A fim de que o juiz auditor possa dar cumprimento às determinações do artigo anterior [realização do sorteio], o Comando Geral da Força Pública fará organizar, trimestralmente, a relação dos oficiais em serviço ativo, na Capital, com a indicação do posto e antiguidade de cada um e o lugar onde estiver servindo, mandando-a, em seguida, publicar no boletim geral e remeter, por cópia autenticada, com ofício, ao juiz auditor.

§ 1º - Não serão incluídos na relação: o Comandante Geral, os oficiais da Casa Militar do Governador, os assistentes militares, os ajudantes de ordens, os que estiverem servindo no Estado Maior e Gabinete do Comando Geral, os alunos, professores, instrutores e auxiliares de ensino das escolas, cursos profissionais e estabelecimentos de ensino, os que servirem na Diretoria Geral de Instrução e os oficiais do Exército comissionados na Força Pública.

Acompanhando a referida lei, a Presidência do TJM e a Corregedoria Geral da Justiça Militar editaram o Provimento nº 002/06, que assim dispõe:

Provimento nº 002/06

Art. 3º - Os Conselhos Permanentes de Justiça, constituídos pelo Juiz de Direito do Juízo Militar, que exerce a sua presidência, por 01 (um) Oficial Superior ocupante do posto de Tenente Coronel ou Major, e por 03 (três) Oficiais ocupantes do posto de Capitão ou 1º Tenente, funcionarão durante 03 (três) meses consecutivos, coincidindo com os trimestres do ano civil, e terão seus sorteios realizados entre os dias 5 e 15 do primeiro mês do trimestre anterior.

Art. 4º - Os Conselhos Especiais de Justiça, constituídos pelo Juiz de Direito do Juízo Militar, que exerce a sua presidência, e por 04 (quatro) Juízes militares, com posto mais elevado que o do acusado, ou de maior antiguidade, no caso de igualdade de posto, funcionarão especificamente para cada processo e contarão, no mínimo, com 01 (um) Oficial Superior.

§ 1º - Se o acusado for Coronel do serviço ativo e não houver em atividade número suficiente de Oficiais desse posto mais antigos que aquele para compor o Conselho, reverter-se-ão da reserva tantos Coronéis quantos necessários.

§ 2º - No caso do acusado ser Oficial do posto de Coronel, na inatividade, os Juízes Militares que integrarem o Conselho devem ser Coronéis do serviço ativo.

Art. 5º - Para a realização dos sorteios a Polícia Militar providenciará, até o dia 30 de cada mês, por via eletrônica, o encaminhamento à Corregedoria Geral da Justiça Militar de relações dos Oficiais, observado o disposto neste artigo.

§ 1º - Não serão incluídos nas relações:

I – o Comandante Geral, o Subcomandante e o Corregedor da Polícia Militar;

II – os Oficiais da Casa Militar do Gabinete do Governador e das Assessorias Policiais Militares;

III – os Oficiais que estiverem servindo no Estado Maior da Polícia Militar, no Gabinete do Comandante Geral e na Corregedoria da Polícia Militar;

IV – os Oficiais que estiverem agregados ou frequentando cursos regulares realizados pela Polícia Militar;

V – os Oficiais que estiverem fruindo licença para tratamento de saúde, licença-adoção ou licença-gestante;

VI – os Oficiais que sofreram condenação com trânsito em julgado, estiverem sendo processados na esfera penal, comum ou militar, ou submetidos a Conselho de Justificação;

VII – os Oficiais que servirem em Unidades sediadas a mais de 120 km (cento e vinte quilômetros) de distância da Capital.

§ 2º - Para atendimento do previsto nos §§ 1º e 2º do artigo anterior serão encaminhadas, em complementação, as seguintes relações:

I – uma relação de Coronéis do serviço ativo que servirem em Unidades sediadas a mais de 120 km (cento e vinte quilômetros) e menos de 250 km (duzentos e cinquenta quilômetros) de distância da Capital;

II – uma relação de Coronéis do serviço ativo que servirem em Unidades sediadas em distância igual ou superior a 250 km (duzentos e cinquenta quilômetros) da Capital;

III – uma relação de Coronéis da reserva residentes na Capital.

§ 3º – Os dados constantes das relações de que trata este artigo, bem como seus formatos, serão estabelecidos pela Diretoria Técnica de Serviços de Informática do Tribunal de Justiça Militar em comum acordo com a Corregedoria da Polícia Militar.

Art. 6º – No sorteio, o sistema informatizado observará os seguintes critérios:

I – além dos Oficiais sorteados na conformidade do disposto nos artigos 3º e 4º serão sorteados, para cada Conselho de Justiça, 02 (dois) suplentes para eventual necessidade de substituição;

II – não poderão ser sorteados 02 (dois) ou mais Oficiais da mesma Unidade para a composição de Conselhos Permanentes de Justiça no mesmo trimestre, mesmo que em Auditorias diferentes;

III – os Oficiais que compuserem Conselho Permanente de Justiça somente participarão de novo sorteio decorrido o prazo de 01 (um) ano desde o término do trimestre em que atuaram como Juízes Militares.

§ 1º – O sistema informatizado solicitará senha de identificação pessoal do Juiz de Direito do Juízo Militar para a realização do sorteio.

§ 2º – Após a realização do sorteio, será lavrada ata da sessão e o Juiz de Direito do Juízo Militar encaminhará ofício com a relação dos sorteados à Corregedoria Geral da Justiça Militar indicando dia e horário estabelecidos para a apresentação dos Oficiais na Auditoria.

Os Oficiais sorteados para comporem os Conselhos Permanentes de Justiça atuam desde o compromisso de posse firmado até o término do trimestre.

Como visto acima (artigo 4º, do Provimento nº 002/06), os Conselhos Especiais de Justiça são compostos por Oficiais com patente superior à do acusado, ou em caso de impossibilidade (Coronéis, por exemplo), por um de maior antiguidade. Embora sua atuação também seja de caráter temporário, esta não é delimitada por um prazo fixo (um trimestre), mas perdurará desde o compromisso de posse até o derradeiro ato processual no processo de primeiro grau, qual seja, a leitura e publicação da Sentença.

A atuação dos juízes militares ao julgarem seus pares – no caso dos Estados, policiais militares e bombeiros militares – assemelha-se em parte aos civis que integram o Tribunal do Júri. Isso por se tratarem dos únicos órgãos jurisdicionais colegiados de primeira instância, além da seleção através de sorteio e pela composição por juízes não togados.

Diferenciam-se, entretanto, dos jurados pelo dever de fundamentar e expressar seu convencimento e voto publicamente (art. 435, do CPPM), podendo declarar expressamente seu voto (art. 438, § 2º, do CPPM). Diferentemente do que ocorre com os jurados, cujo voto é secreto e dispensa qualquer fundamentação. Isto porque, no Tribunal do Júri, os integrantes do Conselho de Sentença são cidadãos, homens médios, sem a necessária formação jurídica e que são convocados para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. O sigilo das votações dos jurados é direito assegurado pela Constituição Federal (artigo 5º, XXXVIII, “b”) e pelo Código de Processo Penal (artigo 487).

Quanto aos Oficiais da Polícia Militar do Estado de São Paulo, que integram os Conselhos Permanentes e/ou Especiais de Justiça, há um grande diferencial quanto à formação, haja vista que todos frequentaram na Academia de Polícia Militar do Barro Branco, o Curso Superior de Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública, com duração de quatro anos e que conta com extensa carga horária nas disciplinas do Direito, com ênfase para o Direito Penal Militar e Processual Penal Militar.

Atuando nos Conselhos, os Oficiais possuem a incumbência de processar e julgar policiais militares que cometeram crimes militares (próprios e impróprios), analisando as provas e, com o devido embasamento na legislação vigente, motivando sempre a decisão.

Os militares estaduais integram organização regida pelos princípios constitucionais rígidos da hierarquia e da disciplina, e realizam constantes ações e operações de alto risco, com frequentes confrontos com a marginalidade com o objetivo de retomar e manter a ordem pública. Aqueles que se comprometem, mediante juramento público de servir à população e sacrificar sua própria vida, se necessário for, constituem uma categoria especial de servidor público, que só podem ser julgados por seus pares, quando da ocorrência de crimes em serviço ou em razão dele, em virtude das peculiaridades envolvidas, bem como pela possibilidade de serem sopesadas as condutas operacionais adotadas, o uso necessário da força e a repulsa dos desvios e atos ilegais, através do necessário controle jurisdicional.

Com a mesma orientação, em raciocínio direcionado à justiça militar federal, mas plenamente aplicável no objeto da presente resenha, o professor MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO afirma que:

“A justiça militar é o primeiro dos ramos especializados da justiça federal. Sua existência é uma imposição da natureza peculiar da disciplina e da vida militares, que não permitem sejam os militares julgados pelos tribunais comuns, segundo a lei comum. De fato, deles se exige mais que ao homem comum; a eles, em operação, se deve permitir o que não se concederia a nenhum civil.” (Ferreira Filho, 2011)

É importante que se destaque que os juízes militares, que integram os Conselhos de Justiça, ostentam a farda da Polícia Militar, mas não gozam dos mesmos direitos do Juiz de Direito, a exemplo da vitaliciedade.

Os Juízes Militares de segundo grau

O Tribunal de Justiça Militar paulista é composto por sete juízes, sendo quatro militares e três civis.

Dos três juízes civis, um é oriundo de Primeira Instância (Juiz de Direito togado); e os outros dois ocupam vagas reservadas ao quinto constitucional, sendo um membro do Ministério Público (Promotor ou Procurador de Justiça), com mais de dez anos de carreira, e um membro advogado da Seção Estadual da Ordem dos Advogados do Brasil, de notório saber jurídico e reputação ilibada, também com mais de dez anos de efetiva atividade profissional, indicados em lista sêxtupla por aquelas Instituições, e que formarão a lista tríplice pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça, que encaminhará os nomes ao Governador do Estado para nomeação de um deles à vaga (artigo 235, do RITJM).

Os quatro Juízes Militares são Oficiais do posto máximo da Polícia Militar paulista (Coronéis), escolhidos entre todos os Oficiais da ativa da Corporação que se interessem em concorrer ao provimento da vaga, desde que preenchidas as condições estabelecidas em edital publicado pelo presidente da Corte.

Embora possuam a denominação de “*Juízes Militares*”, os Juízes do Tribunal de Justiça Militar possuem diferenças significativas com os também “*Juízes Militares*” de Primeiro Grau.

A vaga de juiz militar que se verificar no Tribunal de Justiça Militar – pela aposentadoria voluntária ou compulsória (70 anos), ou falecimento – será preenchida por coronel do serviço ativo da Polícia Militar do Estado de São Paulo, nomeado pelo Governador do Estado, dentre três coronéis indicados pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado, de uma lista formada por seis coronéis escolhidos, em Sessão Administrativa, pelo Pleno do Tribunal de Justiça Militar (artigo 225, do Regimento Interno).

Uma vez definido, o Coronel, este será empossado como Juiz pelo Tribunal de Justiça Militar, órgão do Poder Judiciário paulista.

Outra diferença significativa decorre da vitaliciedade do Juiz Militar do TJM. Diferentemente dos Juízes Militares de Primeiro Grau, que “*estão Juízes Militares*” e atuam por determinado período, os Coronéis do Tribunal “*são Juízes Militares*” e continuam Coronéis da ativa da Polícia Militar, mas passam a integrar o Poder Judiciário Paulista, possuindo todas as prerrogativas dos demais Juízes da Corte e dos desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

O tema foi abordado com precisão pelo Exmo. Juiz *Paulo Adib Casseb* (representante dos Advogados neste Tribunal de Justiça Militar):

“Saliente-se que a composição mista (militares e civis) dos órgãos componentes da Justiça Militar representa princípio constitucional, extraído do art. 123, da Lei Suprema, que, ao dispor sobre a organização interna do Superior Tribunal Militar, consagra, simultaneamente, princípio informador de toda a Justiça Castrense.

Desse modo, uma das bases da Justiça Militar é exatamente a composição mista, alçada ao patamar de princípio constitucional, do

qual decorre o sistema vigente de formação dos Tribunais Castrenses, no qual os militares nomeados para os cargos de Juizes de 2ª Instância nos Tribunais de Justiça Militar dos Estados e para os de Ministros do STM tornam-se magistrados efetivos, inclusive com a garantia da vitaliciedade.” (Ap. Cível nº 1932/09 – 1ª Câm. – Rel. Paulo Casseb – v.u. – Julg. 28/06/2011)

Algumas alterações na Justiça Militar introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45/2004. A Emenda Constitucional nº 45/2004, além da ampliação da competência da Justiça Militar para julgar as ações judiciais contra atos disciplinares, trouxe outras modificações relevantes.

A Presidência dos Conselhos de Justiça e ordem de votação. Até o advento da Emenda Constitucional nº 45/2004, cabia ao Juiz Militar mais graduado, ou o mais antigo em casos de Oficiais da mesma patente, a presidência do Conselho de Justiça (também chamado de “*Escabinato*”).

Sobre o conceito de “*escabinato*”, de se colacionar o ensinamento de AURY LOPES JÚNIOR²:

“Trata-se de uma modificação na estrutura do órgão colegiado, que passa a ser composto por juizes de carreira e ‘leigos’, que decidem conjuntamente.”

Dentre as modificações trazidas pela referida Emenda Constitucional, o Juiz de Direito do Juízo Militar (antes denominado Juiz Auditor), passa a presidir os Conselhos Permanentes e Especiais de Justiça, mantendo, contudo, a ordem de votação: o primeiro a votar é o Juiz de Direito do Juízo Militar – é um voto técnico com amplo conhecimento e que, por presidir o Conselho, irá conduzir os trabalhos e colher os votos na sequência, dos juizes militares, em ordem inversa de hierarquia dos Oficiais, dos mais modernos aos mais antigos. Vale dizer, vota primeiro o menos graduado e mais moderno.

Os crimes dolosos contra a vida, praticados por policiais militares contra civis

Até a criação da Lei nº 9.299/96, o crime militar doloso contra a vida cometido por militar, fosse a vítima civil ou militar, era de competência da Justiça Castrense.

Em se tratando de sujeito ativo integrante das Forças Armadas o fato era julgado pela Justiça Militar Federal. Caso fosse o agente um integrante da Polícia Militar ou do Corpo de Bombeiros Militar a competência era da Justiça Militar estadual.

² LOPES Jr., Aury. *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2004.

Contudo, a Lei nº 9.299/96 determinou, expressamente, que os crimes dolosos contra a vida praticados por militares contra civis passassem a ser julgados pelo Tribunal do Júri, incluindo um parágrafo único ao artigo 9º, do Código Penal Militar, *verbis*:

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

...

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

À época não faltaram adeptos da tese que, ao fazê-lo, a referida lei apresentava-se inconstitucional.

Posteriormente, colocando fim à discussão sobre eventual inconstitucionalidade da referida lei, a Emenda Constitucional nº 45/2004, que deu nova redação ao texto do artigo 125, da Constituição Federal, incorporou à Carta Magna a regra estabelecida na Lei nº 9.299/96.

Recentemente, a Lei nº 12.432, de 29/06/2011, deu nova redação ao Parágrafo Único do referido artigo 9º, do CPM, incluindo pequena exceção, mantendo, contudo, a competência do Tribunal do Júri, nos seguintes termos:

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

...

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.

Neste aspecto, é inegável que a competência para julgamento de crimes dolosos praticados contra a vida de civis é de natureza constitucional, pois que prevista na Carta Magna:

Art. 125 - . . .

...

§ 4º - 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.

Assim, superado o período de questionamentos e debates a respeito, tem-se que a alteração constitucional promovida pela Emenda nº 45/2004 tratou de modificar apenas e tão somente a competência para julgamento do homicídio doloso praticado

por policial militar contra vítima civil para o Tribunal do Júri, mas não modificou a natureza jurídica do delito.

Não resta dúvida que os crimes dolosos contra a vida de civil, cometidos por policiais militares eram e continuam sendo crimes militares, devendo as apurações ser feitas mediante o competente Inquérito Policial Militar e atendendo o previsto no texto constitucional e no artigo 82, do CPPM, devendo ser processados e julgados pelo Tribunal do Júri (Justiça Comum).

Importante destacar, contudo, que foi mantida a competência da Justiça Militar para processamento e julgamento de homicídio doloso praticado – em serviço ou fora dele – por policial militar contra vítima também militar.

A competência para julgamento monocrático pelo Juiz de Direito de Primeira Instância. O § 4º do artigo 125, da CF, atribuiu à Justiça Militar competência também para “processar e julgar ... as ações judiciais contra atos disciplinares militares”.

Essa foi, sem dúvida, significativa mudança para a Justiça Militar Estadual, ao ampliar a competência, agora de natureza cível, para processar e julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares.

Nesta situação, o Juiz de Direito atua de forma singular, não comportando a presença do Conselho, e não poderia ser de outra forma, uma vez que as punições disciplinares são decididas normalmente por Oficiais e no último posto da carreira, e as punições capitais de demissão e expulsão de praças são efetivadas pelo Comandante Geral da Corporação, e logicamente não comportariam decisão de Oficiais do Conselho, que teriam postos inferiores.

Essa alteração constitucional propiciou que a Justiça Militar tivesse acesso aos processos administrativos disciplinares, quando questionados no Poder Judiciário, que antes eram distribuídos para as inúmeras Varas da Fazenda Pública. Essa modificação foi muito bem-vinda tanto para a Justiça Militar paulista quanto para a Corporação, proporcionando segurança aos jurisdicionados, celeridade nas decisões, unificação dos entendimentos e, por consequência, o aperfeiçoamento dos procedimentos administrativos disciplinares, observados sempre os princípios cardeais da ampla defesa e o exercício do contraditório.

Infelizmente, a Justiça Militar da União não acompanhou a mudança.

Com relação às decisões singulares nos crimes praticados contra civis, de início, muitas dúvidas emergiram: Os juízes militares participariam da instrução processual? Quais crimes seriam julgados singularmente?

A matéria foi submetida à apreciação do Tribunal de Justiça Militar em sede de recursos e, dentre tantas decisões no mesmo sentido, cite-se, por sua clareza e objetividade, trecho do voto do Exmo. Juiz *Evanir Ferreira Castilho*, na Apelação Criminal nº 5.406/05, ao explicitar que:

“...o objetivo constitucional foi colocar em mãos do juiz singular, tão somente, os crimes militares cometidos contra pessoa física. Ou seja, o bem jurídico atingido seja estritamente personalíssimo, à exceção dos crimes dolosos contra a vida.

(...)

Fixa-se a competência pelo interesse ou BEM JURÍDICO protegido pelo tipo penal: A ADMINISTRAÇÃO MILITAR, não obstante figurar no pólo passivo uma empresa, uma pessoa física, ou um civil. O interesse protegido é o da ADMINISTRAÇÃO MILITAR. Ademais, o bem jurídico lesado não é o patrimônio do civil, alvo da exigência indevida. Protege-se a ADMINISTRAÇÃO MILITAR, que não se confunde com o CIVIL, pessoa física.

(...)

Somente na lesão ou ameaça a bens personalíssimos de pessoa física, é que o bem jurídico se refere a CIVIL. A exemplo é de se elencarem: lesão corporal, crimes patrimoniais, rixa, periclitacão de vida e da saúde, honra, liberdade etc.”

Com o mesmo brilhantismo, o Exmo. Juiz *Fernando Pereira* (na Apelação Criminal nº 5.437/05) esclarece que:

“... poderia ser argumentado que, embora figurando no plano secundário como sujeito passivo do crime de concussão, o crime não deixa de ser cometido contra civil.

No entanto, há de se reconhecer inquestionavelmente que o bem maior a ser protegido no caso dos Crimes contra a Administração é o interesse público no regular funcionamento dos órgãos e instituições que a compõem, cuja moralidade e probidade devem ser exercidas na sua plenitude pelas pessoas que, investidas em funções e cargos públicos, têm a incumbência de prestar serviços à população.”

Conclusão

A Justiça Militar do Estado de São Paulo integra do Poder Judiciário paulista. Em razão disso, tem pontos em comum com a Justiça Comum.

Os magistrados da Justiça Militar do Estado (entenda-se aqui os Juizes de Direito de Primeiro Grau e os Juizes do TJM) gozam das garantias e das prerrogativas expressas e implícitas na Constituição Federal, na Lei Orgânica da Magistratura Nacional e na Constituição do Estado. Depois de empossado, o magistrado vitalício não perderá o cargo senão nas hipóteses prevista na Lei Orgânica da Magistratura Nacional. Aposentado, conservará o título (artigos 246 e seguintes do RITJM).

O Tribunal de Justiça Militar, assim como o Tribunal de Justiça, possui composição mista, havendo, além dos juizes militares, a figura de um representante do Ministério Público e um dos Advogados (quinto constitucional).

De outro lado, em razão da competência atribuída pela Constituição Federal (artigos 124 e 125, §§ 4º e 5º), os Juizes de Direito decidem, salvo a competência para julgamento monocrático, em conjunto com o colegiado (Conselhos de Justiça).

Em que pese a exceção feita à competência do Tribunal do Júri, permanece íntegra a competência da Justiça Militar para o julgamento de homicídio doloso praticado – em serviço ou fora dele – por policial militar contra vítima também militar.

Destaque-se, por último, a profunda modificação e indiscutível reconhecimento da importância da existência da Justiça Militar Estadual pela Emenda Constitucional nº 45/2004 ao ampliar a competência para processar e julgar as ações judiciais, de natureza cível, contra atos disciplinares militares.

Referências bibliográficas

- Assis, Jorge César de. 2008.** *Direito Militar - Aspectos penais, processuais penais e administrativos*. 2ª ed. Curitiba : Juruá, 2008.
- Casseb, Paulo Adib. 2011.** A Competência Constitucional da Justiça Militar e a Criação dos Tribunais Militares no Brasil. *Direito Militar: doutrinas e aplicações*. Rio de Janeiro : Elsevier, 2011.
- Escola Superior do Ministério Público de São Paulo. 2001.** *Caderno Jurídico*. São Paulo : IMESP, 2001.
- Ferreira Filho, Manoel Gonçalves. 2011.** *Curso de direito constitucional*. 37 ed. rev. e atual. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 284.
- Lobão, Célio. 2006.** *Direito penal militar*. 3ª ed. atual. Brasília : Brasília Jurídica, 2006.
- Lopes Jr., Aury. 2004.** *Introdução crítica ao processo penal: fundamentos da instrumentalidade garantista*. Rio de Janeiro : Lumen Juris, 2004.
- Neves, Cícero Robson Coimbra e Streifinger, Marcello. 2005.** *Apontamentos de direito penal militar*. São Paulo : Saraiva, 2005. Vol. 1 (parte geral).
- Ramos, Dircêo Torrecillas, et al. 2011.** *Direito Militar: doutrinas e aplicações*. Rio de Janeiro : Elsevier, 2011.

Da *emendatio e mutatio libelli* na sistemática processual penal militar

Fabiola Moran Faloppa*

A Constituição Federal de 1988 é responsável pela consagração do modelo acusatório do processo penal em vigor, contemplando em seu núcleo pétreo um rol de garantias processuais, dentre as quais têm especial relevância a Ampla Defesa e o Contraditório (art.5º, LV, CF)¹.

Como corolários da Ampla Defesa, destacam-se o direito à autodefesa, defesa técnica e a prestação, por parte do Estado de assistência jurídica integral e gratuita aos necessitados. Desse princípio também decorre a necessidade da observância da ordem natural do processo, garantindo-se à defesa o direito de se manifestar sempre em último lugar².

O contraditório, por seu turno, fundamenta-se na bilateralidade do processo, com a igualdade de condições entre as partes nos atos processuais, assegurando-se, de outro lado, um Juiz imparcial e equidistante. Para que o julgador detenha tais atributos, foi organizado, em contraposição, um Ministério Público autônomo nos campos administrativo e orçamentário, com prerrogativas e vantagens equiparadas à Magistratura. Nesse mesmo sentido, atribuiu aos seus membros a titularidade da ação penal pública (art.129, I, CF)³.

A separação das funções de acusador, defensor e julgador representa, portanto, o pressuposto do sistema acusatório, decorrente do princípio *nullum iudicium sine accusazione*, de modo a preservar o necessário julgamento imparcial. Emanando dessa noção de modelo acusatório, de outra banda, a impossibilidade de que instauração do processo por iniciativa do órgão julgador ou que este decida fora dos limites da prestação jurisdicional.

Na qualidade de detentor exclusivo da titularidade da Ação Penal Pública, o membro do Ministério Público tem o dever de descrever o fato delituoso, com todas as circunstâncias, tal como determinam os artigos 41, do CPP⁴ e 77, do CPPM⁵.

* Promotora de Justiça Militar do Estado de São Paulo.

¹ Art.5º, LV, da Constituição Federal: “aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”.

² Fernando Capez, “Curso de Processo Penal”, Saraiva, 1999, pag.20.

³ Art.129, I, da CF: “São funções institucionais do Ministério Público: I - promover, privativamente, a ação penal pública, na forma da lei;”.

⁴ Art. 41, CPP: “A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

⁵ Art. 77. A denúncia conterá: a) a designação do juiz a que se dirigir;

b) o nome, idade, profissão e residência do acusado, ou esclarecimentos pelos quais possa ser qualificado;

c) o tempo e o lugar do crime;

d) a qualificação do ofendido e a designação da pessoa jurídica ou instituição prejudicada ou atingida, sempre que possível;

Da acusação, portanto, terá o acusado prévio conhecimento, até para que possa contrapor seus argumentos no exercício de sua defesa.

É justamente dessa concepção que emerge o Princípio da Correlação, também conhecido como Princípio da Congruência da Condenação com a Imputação, segundo o qual deve haver estrita correspondência entre o fato descrito na denúncia e o fato que fundamenta a condenação. O nosso ordenamento não admite o julgamento *ultra, extra* ou *citra petitum*.

Sendo assim, o réu se defende dos fatos mencionados na inicial acusatória, desvinculando, por conseguinte, o juiz da classificação jurídica nela contida.

Baseado nessa premissa estabelece o artigo 383, do CPP, o seguinte:

“O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave” (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

De acordo com a doutrina processual penal não há limitação para a aplicação dessa regra, uma vez que não se cogita de surpresa para as partes. Há autores que ressalvam que o tribunal não poderá dar nova definição jurídica que implique aplicação de pena mais grave, na hipótese de recurso exclusivo da defesa, ante a proibição da *reformatio in pejus*.

Esse, contudo, não é o nosso entendimento. Ao Tribunal reserva-se a possibilidade de corrigir a capitulação, ainda que de tal tarefa resulte a condenação por crime mais grave. Ressalva-se, contudo, que a pena aplicada na sentença não poderá ser exacerbada, caso a acusação, ainda que de forma implícita, conformar-se com a sanção estabelecida pela instância inferior.

O mesmo raciocínio vale para as hipóteses de desclassificação. Para que se opere o reconhecimento de crime menos grave é preciso que todos os elementos fáticos estejam descritos na denúncia.

A hipótese de *Mutatio Libelli* corresponde, por seu turno, à alteração da narrativa acusatória com repercussão na classificação jurídica do delito.

Se na disciplina do *Emendatio Libelli* cuidávamos do mesmo fato naturalístico, agora nos ocupamos de nova definição jurídica, isto é, da identificação de circunstâncias fáticas penalmente relevantes que emergiram no curso da instrução do processo, as quais a inicial acusatória não fez menção. Correspondem, portanto, a elementos do tipo penal e circunstâncias legais especiais (qualificadoras e causas

e) a exposição do fato criminoso, com tôdas as suas circunstâncias;

f) as razões de convicção ou presunção da delinquência;

g) a classificação do crime;

h) o rol das testemunhas, em número não superior a seis, com a indicação da sua profissão e residência; e o das informantes com a mesma indicação.

Dispensa de testemunhas

Parágrafo único. O rol de testemunhas poderá ser dispensado, se o Ministério Público dispuser de prova documental suficiente para oferecer a denúncia.

de aumento e diminuição da pena). Para a letra da lei, agravantes e atenuantes genérica podem ser reconhecidas pelo juiz, ainda que não alegadas de forma expressa (art.385, CPP⁶ e 440, “b”, CPPM⁷).

Dispõe o artigo 384, do CPP o seguinte a respeito da *Mutatio Libelli*:

“Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente” (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º “Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código” (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º “Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento” (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 3º “Aplicam-se as disposições dos §§ 1o e 2o do art. 383 ao caput deste artigo” (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 4º “Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento” (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 5º “Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá” (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

Antes da Lei nº 11.719/2008 o aditamento da denúncia ou da queixa pelo autor só era possível no caso em que a nova imputação implicasse a aplicação de pena mais grave. Caso a pena fosse igual ou inferior, o aditamento seria feito pelo próprio juiz da causa. Tal situação configurava flagrante conflito com o sistema acusatório previsto na Constituição Federal, na medida em que permitia ao juiz, de ofício, mudar os termos da acusação, agindo, dessa maneira, como verdadeiro órgão acusador. A novel legislação, todavia, corrigiu essa distorção, prevendo que o aditamento sempre será feito pelo Ministério Público, inclusive no caso de ação penal privada subsidiária da pública.

A Lei nº 11.719/2008 previu a possibilidade de o aditamento ser feito oralmente, em harmonia com a alteração no procedimento judicial penal promovida

⁶ Art. 385, CPP: “Nos crimes de ação pública, o juiz poderá proferir sentença condenatória, ainda que o Ministério Público tenha opinado pela absolvição, bem como reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada”.

⁷ Art. 440, CPPM: “O Conselho de Justiça ao proferir sentença condenatória: b) mencionará as circunstâncias agravantes ou atenuantes definidas no citado Código, e cuja existência reconhecer;”.

por ela própria. Embora não haja previsão, a oportunidade para tal, segundo nosso entendimento, dar-se-á no momento em que seriam cabíveis as alegações finais orais (art. 403, *caput*, CPP⁸), que será substituída pelo aditamento. Prossegue-se, então, na forma do artigo 384, §2º, CPP⁹.

A nova lei previu, igualmente, a possibilidade de o juiz lançar mão do art. 28, CPP¹⁰, caso o Ministério Público não proceda ao aditamento. Sabe-se que o art. 28 do CPP, atribui ao juiz a função de fiscal do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o que é criticado por abalizadas vozes doutrinárias, que afirmam que tal conduta não é compatível com o sistema acusatório. Inclusive, o Projeto de Lei nº 4.209/2001 – que é um dos sete projetos de leis redigidos para a reforma do CPP – contemplava nova redação para o art. 28 do CPP, retirando do juiz aquela função. Pela nova redação, o controle da obrigatoriedade da ação penal pública ficaria a critério do próprio Ministério Público.

Vê-se, pois, que o novo § 2º do art. 384, contraria o espírito da reforma, que visava à criação de um sistema acusatório mais puro no processo penal brasileiro, e não constava do Projeto de Lei original encaminhado pelo Poder Executivo e redigido pela comissão de juristas instituída pelo Ministério da Justiça.

A despeito das críticas atribuíveis ao atual sistema em vigor perante a Justiça Comum, é fato que este representa um grande avanço que, de certa forma, o aproxima das regras adotadas pelo Código de Processo Penal Militar, que já consagram, há muito, normas mais rígidas no sentido da preservação do sistema acusatório e da ampla defesa.

Ao tratar do tema, limita-se o CPPM a dispor em seu artigo 437 o seguinte:

“O Conselho de Justiça poderá: a) dar ao fato definição jurídica diversa da que constar na denúncia, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave, desde que aquela definição haja sido formulada pelo Ministério Público em alegações escritas e a outra parte tenha tido a oportunidade de respondê-la”;

⁸ Art. 403, “caput”, CPP: “Não havendo requerimento de diligências, ou sendo indeferido, serão oferecidas alegações finais orais por 20 (vinte) minutos, respectivamente, pela acusação e pela defesa, prorrogáveis por mais 10 (dez), proferindo o juiz, a seguir, sentença”.

⁹ Art. 384, CPP: “Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. § 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento”.

¹⁰ Art. 28, CPP: “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender”.

O Código de Processo Penal Militar, portanto, não distingue a *Emendatio* da *Mutatio Libelli*, mas condiciona a aplicação de ambos os institutos ao prévio aditamento da denúncia. Entende-se, contudo, que a desclassificação para a mera adequação da capitulação jurídica de fatos descritos corretamente na denúncia, a qual importe cominação de pena menos gravosa, não deva submeter-se a tal formalidade, até porque dificilmente contará com a objeção da Defesa.

Tal conclusão é extraída do Princípio *Iura Novit Curia*, isto é, “o princípio da livre dicção do direito – o Juiz conhece o direito”¹¹. Partindo-se, portanto, do pressuposto de que o réu defende-se dos fatos e da máxima *narra mihi factum dabo tibi jus* (narra-me o fato e te darei o direito), a classificação equivocada do crime não se presta, em princípio, a evitar a prolação de sentença condenatória.

Vale, contudo, a observação pertinente a respeito desse instituto no que diz respeito à desclassificação de crimes dolosos para crimes culposos. Tal providência somente se faz possível se a denúncia ou queixa contiver menção a condutas que possam ser compreendidas como culposas. Inúmeras decisões proclamam ser vedado ao juiz condenar acusado de crime doloso por crime culposo, eis que este pressupõe a descrição da modalidade de culpa em sentido estrito. Na ausência dessas condições, faz-se necessário o prévio aditamento da denúncia, oportunizando-se, assim, o exercício da impugnação especificada por parte do acusado.

A providência, contudo, mais uma vez mostra-se desnecessária quando a defesa pleiteia expressamente a desclassificação, já que assume as consequências da admissão da situação de fato que altera a classificação do delito.

Finalmente, se a hipótese for de *Mutatio Libelli*, seja para o fim de agravar ou amenizar a carga acusatória que recai sobre o réu, deve sempre ser observada a necessidade de prévio aditamento da denúncia, de modo a preservar a garantia constitucional da Ampla Defesa e franquear ao acusado a possibilidade de rechaçar os novos fatos contra si imputados, inclusive com a possibilidade de arrolar testemunhas, à semelhança do disposto no artigo 384, § 2º, do CPP.

Questão tormentosa diz respeito ao momento do oferecimento do aditamento à denúncia.

O art. 437 do CPPM limita-se a dispor que tal tarefa deve se dar “em alegações escritas”. O que quer dizer esse dispositivo processual? Seria uma alusão estrita à fase do artigo 428 do CPPM¹² ou reportar-se-ia às alegações finais do Ministério Público, as quais podem ser diferidas ao Plenário de Julgamento nos crimes de competência do Conselho de Justiça?

Entendemos que a segunda interpretação é a mais acertada.

¹¹ Fernando da Costa Tourinho Filho, “Manual de Processo Penal”, Saraiva, 2010, pág.842.

¹² Art. 428, CPPM: “Findo o prazo aludido no artigo 427 e se não tiver havido requerimento ou despacho para os fins nêles previstos, o auditor determinará ao escrivão abertura de vista dos autos para alegações escritas, sucessivamente, por oito dias, ao representante do Ministério Público e ao advogado do acusado. Se houver assistente, constituído até o encerramento da instrução criminal, ser-lhe-á dada vista dos autos, se o requerer, por cinco dias, imediatamente após as alegações apresentadas pelo representante do Ministério Público”.

Muito embora o CPPM seja omissivo a respeito, o artigo 569, do CPP, que tem aplicação subsidiária por força do art.3º, “a”, do CPPM¹³, dispõe que as omissões (ou erros) da denúncia “*poderão ser supridas a todo tempo, antes da sentença final*”. Além disso, no momento em que os autos veem ao Ministério Público na fase do artigo 428, do CPPM, o *Parquet*, nas ações sujeitas ao julgamento pelo Conselho de Justiça, não é obrigado a adiantar a sua tese acusatória. Assim, ao manifestar-se no sentido de que apresentará suas alegações finais em plenário, está o Promotor diferindo tal faculdade processual, sem que isso implique preclusão. Por fim, a lei processual penal militar não faz alusão expressa ao artigo 428, do CPPM, mas apenas às alegações finais escritas, as quais são apresentadas de forma oral, também por expressa determinação legal (art.433, CPPM¹⁴)¹⁵.

Observa-se, contudo, que nos casos em que o aditamento realizado em Plenário de Julgamento implicar alteração da definição jurídica do crime ou trazer acréscimo de situação agravante que não permita, numa ou noutra, a defesa por parte do acusado, deverá, *se recebido, abrir-se vista à defesa para se manifestar, e, em conseqüência, converter-se o julgamento em diligências*, fixando-se um *prazo mínimo* a fim de *respondê-la e arrolar testemunhas*, sob pena de nulidade, visto que necessário será o reinterrogatório (artigo 437, alínea “a”, parte final, do CPPM c.c. art. 384 do CPP comum)¹⁶.

E no caso em que o Magistrado entende ser o caso de aditamento da denúncia para fim de *Emendatio* ou *Mutatio Libelli* e houver discordância por parte do Ministério Público?

Antes do advento da Lei 11.719/08, a questão carecia de previsão legal expressa e, portanto, sujeitava-se a toda a sorte de interpretações, que posteriormente eram acolhidas ou retificadas em sede recursal.

O fato é que a nova legislação processual comum, tal como acima exposto, pôs fim a essa questão, preservando, mais uma vez, o sistema acusatório imposto

¹³ Art.3º, CPPM: “Os casos omissos neste Código serão supridos:

- a) pela legislação de processo penal comum, quando aplicável ao caso concreto e sem prejuízo da índole do processo penal militar;
- b) pela jurisprudência;
- c) pelos usos e costumes militares;
- d) pelos princípios gerais de Direito;
- e) pela analogia”.

¹⁴ Art. 433, CPPM: “Terminada a leitura, o presidente do Conselho de Justiça dará a palavra, para sustentação das alegações escritas ou de outras alegações, em primeiro lugar ao procurador, em seguida ao assistente ou seu procurador, se houver, e, finalmente, ao defensor ou defensores, pela ordem de autuação dos acusados que representam, salvo acôrdo manifestado entre eles”.

¹⁵ A esse respeito nos manifestamos anteriormente que, no caso do Processo Penal Comum, com a nova redação do artigo 384, CPP, promovida pela Lei /08, o momento das alegações finais orais é o mais adequado para a promoção do aditamento da denúncia em *Mutatio Libelli*. Desse modo, até por força da aplicação subsidiária do CPP ao CPPM, esta é a interpretação que se mostra mais adequada para o artigo 437, “a”, do CPPM.

¹⁶ Ronaldo João Roth, “O Aditamento da denúncia no processo penal militar e seus efeitos”, artigo extraído do site JUSMILITARIS, www.jusmilitaris.com.br.

pela Constituição Federal e legislação correlata, de modo a remeter a solução da celeuma ao artigo 28, do CPP (art. 397, § 1º, do CPPM).

Assim, mais uma vez, por força da aplicação subsidiária da legislação processual comum, deve o Magistrado Castrense, discordado da inércia Ministerial, remeter a questão à decisão do Procurador-Geral de Justiça, o qual poderá designar outro órgão do Ministério Público para promover o aditamento ou insistir no posicionamento do Promotor de Justiça Natural, quando, então, estará o juiz obrigado a atendê-lo.

Verifica-se, portanto, que a aparente rigidez da legislação processual penal militar não restringe a atuação Ministerial no exercício das funções afetas à titularidade da ação penal e defesa da sociedade, desde que preservada a ampla defesa, corolário básico do Estado de Direito protegido de forma especial por nossa Constituição Federal.

Os crimes de competência do juiz singular na Justiça Militar, o rito procedimental e a jurisprudência do TJMSP

José Barbosa Galvão César*

Introdução

A Emenda Constitucional (EC) nº 45, de 8 de dezembro de 2004, trouxe modificações substanciais à Justiça Militar Estadual, ao acrescentar o § 5º no artigo 125 da Constituição Federal, alterando a denominação do Juiz Auditor, para Juiz de Direito; atribuindo a este a competência para processar e julgar, *singularmente*, os crimes militares cometidos contra civis (exceto os de competência do Júri: crimes dolosos contra a vida de civis) e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência do Juiz de Direito, processar e julgar os demais crimes militares.

Apesar de referida Emenda já ter mais de sete anos, até o momento não foi disciplinada na legislação infraconstitucional, o que, na prática, tem provocado dúvidas, inclusive com recursos ao TJMSP, o qual, através de Decisões, tem dirimido esses conflitos, quando ocorre a hipótese do civil ser a vítima primária ou secundária do crime, ou a hipótese de um policial militar praticar mais de um crime militar, sendo um de competência do Juízo de Direito (singular), por ter civil como vítima principal e, o outro, de competência do Conselho de Justiça, quando o civil é a vítima secundária.

A direção segura, para que haja o desfecho do processo, é a que tem reconhecido o **TJMSP**, qual seja: a *instrução probatória* deve ser processada pelo Conselho de Justiça – Órgão Colegiado – e o *juízo* cindido entre o Juiz de Direito e o Escabinato.

Dessa maneira, com o devido acerto que lhe é peculiar, impôs o **TJMSP** o Princípio da Economia e da Celeridade Processual, o que evita repetição de procedimentos, como o interrogatório dos réus e a oitiva das partes: testemunhas, vítimas, peritos etc.

FERNANDO PEREIRA adota esse entendimento:

“No entanto, há de se reconhecer que a matéria comporta interpretações divergentes, existindo julgados no âmbito da Justiça Militar de São Paulo em que houve unidade do processo e cisão do julgamento, solução que se apresenta bem razoável e racional, pois propicia a economia processual e a celeridade da prestação jurisdicional, atendendo-se de certa forma o disposto no § 5º do artigo 125 da Constituição Federal.”¹

* Coronel Reserva PM/SP, Advogado militante na Justiça Militar do Estado de São Paulo, Especialista em Direito Militar e Administrativo Militar.

¹ PEREIRA, Fernando. Inovações Constitucionais e a Competência da Justiça Militar dos Estados. Material da 5ª aula da Disciplina Direito Administrativo Constitucional, ministrada no Curso de Pós-Graduação *Lato Sensu* Televirtual em Direito Militar – UNIDERP – REDE LFG.

Nas mesmas letras, assim se posiciona o doutrinador JORGE CÉSAR DE ASSIS:

“Ad argumentandum tantum, se dois militares estaduais em concurso de agentes, estando em serviço, praticarem crimes de lesões corporais, em uma mesma ação, contra duas vítimas, sendo uma civil e outra militar, forçoso concluir que haverá a necessidade de separarem-se os processos, cabendo ao Juiz de Direito o julgamento dos réus pelo crime cometido contra o civil e cabendo ao Conselho de Justiça o julgamento dos mesmos réus pelo mesmo crime cometido contra o militar, em uma situação inusitada onde nenhum juiz poderá exercer vis atractiva sobre o processo de outro, em função de serem competências distintas, previstas constitucionalmente.”²

Assim, como o processamento e o julgamento são feitos pelo Juiz competente, reafirmam esses I. Mestres, o Princípio do Juiz Natural, em observância aos precisos termos dos artigos 5º, inciso LIII e 125, § 5º, ambos da Constituição Federal.

Ademais, não se aplicam os institutos da conexão, da continência e da prorrogação de competência, posto que, por previsão constitucional, a competência da Justiça Militar Estadual é *absoluta*.

Destaque-se que, antes da alteração constitucional efetuada no art. 125 (EC nº 45/2004), os Conselhos de Justiça, tanto os Permanentes quanto os Especiais, processavam e julgavam os feitos na Primeira Instância da Justiça Militar *Estadual*. Esses Conselhos eram constituídos por um Juiz Auditor e quatro Oficiais policiais militares.

Por necessário, cabe aqui lembrar sobre a diferença de atribuição do *Conselho Permanente* e do *Conselho Especial*, qual seja: aquele tem a competência para julgar *Praças* (soldado, cabo, sargento, subtenente, aluno-oficial e aspirante a oficial) e a este compete julgar *Oficiais* (2º tenente, 1º tenente, capitão, major, tenente coronel e coronel). Cada Conselho *Permanente* atua por três meses, ou seja, a cada trimestre são sorteados novos Oficiais para comporem os Conselhos, ao passo que o Conselho *Especial* é constituído para processar e julgar determinado processo, atuando do princípio ao fim.

Dos crimes julgados pelo Conselho de Justiça e pelo Juiz de Direito

O texto constitucional, alterado pela EC 45/2004, deixou claro que os crimes dolosos contra a vida de civil, praticados por militar do Estado, são de competência do Tribunal do Júri; porém, não estabeleceu, de forma clara, a competência do Juiz de Direito e do Conselho de Justiça, seja ele Permanente ou Especial, para julgar os demais crimes cometidos por militar estadual contra civil, o que vem, até os dias atuais, despertando correntes de interpretação distorcidas

² ASSIS, Jorge César de. Código de Processo Penal Militar Anotado. 1º volume. Curitiba: Juruá, 2005, p. 177.

entre os operadores do direito, Juízes, Promotores e Advogados, que atuam na área castrense estadual.

O doutrinador e professor CÍCERO ROBSON COIMBRA NEVES, ao analisar o estabelecido pela Constituição Federal sobre crimes militares praticados contra civis, enfoca duas correntes distintas:

“Pela primeira possibilidade interpretativa, deve-se focalizar as consequências do delito, verificando se algum civil, de alguma forma, suportou ônus em razão da prática delitiva. Nessa toada, vários crimes poderiam ser perpetrados contra civis, mesmo aqueles que possuíssem capitulação entre os crimes contra a Administração Militar, exemplo gratia, peculato, concussão etc.

Por outra trilha, a razão de definição deveria ser a capitulação do delito, que iluminaria, prima facie, o bem jurídico tutelado e, principalmente, o sujeito passivo imediato do crime. Nessa linha, os crimes contra o serviço militar, contra a Administração Militar etc. estariam fora da conceituação. A segunda compreensão parece ser a mais escorreita, posto que calcada em critério jurídico, limitado pelo Direito, compreendido como fenômeno de linguagem. Sim, o Direito é um fenômeno linguístico e como tal deve ser estudado em seus ramos. Nesse aspecto, aduz Juarez Tavares que no “setor jurídico, o uso da linguagem ordinária está associado, também, ao esclarecimento do sentido léxico de seus termos, com base no que se denomina de definição de domínios. As palavras devem ser compreendidas segundo seu uso contextual, o que leva à definição de seus termos, de modo a permitir uma determinação axiológica.”³

E continua o professor COIMBRA, discorrendo sobre a competência do Juiz de Direito para julgar crimes militares contra civis, ressaltando que deve ser observado o sujeito passivo imediato:

“Todavia, o que compõe a análise científica de cada delito é o sujeito passivo imediato, definido por um critério material, calcado na titularidade do bem jurídico penal tutelado. Para a interpretação proposta, a compreensão adequada é aquela calcada no critério material, ou seja, sujeito passivo imediato. Do exposto, podemos afirmar que a expressão ‘crimes militares cometidos contra civis’ deve ser compreendida como condensadora de todos os crimes cuja sujeição passiva imediata possa ser preenchida por um civil. Em outras letras, estará compreendido na expressão, o

³ NEVES. Cícero Robson Coimbra. A reforma da Justiça Militar em face da Emenda Constitucional nº 45. (Material da 5ª aula de Direito Disciplinar Militar, ministrada no Curso de Especialização Televirtual em Direito Militar – UNIDERP/REDE LFG. Disponível em www.jusmilitaris.com.br).

crime que tutele bem jurídico que tenha por titular pessoa natural, especificamente um civil."⁴

Imbuído nessa mesma esteira, o doutrinador RONALDO JOÃO ROTH, apregoa com muita propriedade:

*"Bem por isso, o critério de crime militar praticado contra civil, como fixador de competência interna do Juízo castrense, vincula-se à existência da tipicidade, e esta, com abrigo no princípio da legalidade, é que deve prevalecer para equacionar se o crime praticado será de competência do Juízo colegiado ou do Juízo singular. Não é o fato de existir vítima (secundária) civil que, por si só, caracteriza a competência do juiz singular, mas sim a natureza do delito, pois se praticado o fato contra a Administração Militar, a vítima (primária) é o Estado, logo, se o referido crime existe até mesmo sem a presença da vítima civil, ainda que presente ela, torna-se o caso concreto de competência do Juízo colegiado."*⁵

Dessas duas esteiras de raciocínio pode-se concluir o seguinte: uma corrente entende que, quando a vítima primária do crime for o civil, o Juiz monocrático é o competente para processar e julgar o militar do Estado; a segunda corrente entende que o Juiz de Direito é o competente absoluto para julgar todos os crimes praticados por militar do Estado contra civil, seja este a vítima primária ou a secundária. Sugere que o legislador constitucional estabeleceu ser o civil indistintamente o sujeito passivo do delito.

Além dessa mudança de competência criminal, a referida EC 45/2004, também criou a competência *cível*, relativa às *ações judiciais contra atos disciplinares militares*, esta *exclusiva* do Juiz de Direito.

Assim, com a necessidade de adaptar os serviços cartorários à especialização da nova matéria *cível*, o Presidente do Tribunal de Justiça Militar-SP, em data de 03/01/2005, baixou a **Portaria nº 69/05-GP**, que, em seu artigo 3º, dispõe: "*Todos os feitos de primeira instância, de matéria cível, que ingressarem nesta Justiça Militar Estadual, deverão ser encaminhados, pelo Cartório do Distribuidor de 1ª Instância e dos serviços de Correição Permanente, à Diretoria de Divisão Cível do Cartório da Segunda Auditoria*", ficando cessadas, a partir de então, novas distribuições de feitos criminais a tal Auditoria, conforme artigo 4º da mesma Portaria.

E, à vista dos *excelentes resultados obtidos*, o TJMSP, agora pelo seu Pleno, baixou a **Resolução nº 005/08**, fixando a competência *cível* à 2ª Auditoria Militar

⁴ idem

⁵ ROTH, Ronaldo João. Primeiros comentários sobre a Reforma Constitucional da Justiça Militar estadual e seus efeitos, e a reforma que depende agora dos operadores do Direito. Revista dos Tribunais, volume 853 – p. 442-483. Disponível em: <http://www.supremacultura.com.br/default.asp?id=15&mn=15&ACT=5&content=40>.

para processar e julgar as ações judiciais contra atos disciplinares militares, publicada no DJM nº 242, Caderno Único, pág. 001, de 30.12.08.

De relevo, referida *inovação* constitucional trouxe, em verdade, uma distinta competência interna entre os *dois* Órgãos jurisdicionais de Primeira Instância, no âmbito da Justiça Castrense estadual, quais sejam, o *Juiz de Direito* e o *Conselho de Justiça*.

Assim, ficou estabelecido que o Juiz Singular conheça dos crimes militares praticados contra vítima civil, excluídos, como já visto, os crimes militares dolosos contra a vida de civis, que são de competência do Júri, enquanto os demais crimes são de competência do Colegiado. Esclareça-se, por oportuno, que os crimes dolosos contra a vida *inter milites* continuam da competência da Justiça Militar, lembrando que são processados e julgados pelo Conselho de Justiça.

A Lei de Organização Judiciária Militar de cada Estado-Membro da Federação disciplina, não somente a composição, mas também a competência e particularidades dos Conselhos de Justiça. Assim, como exemplo, no Estado de São Paulo, a Lei nº 5.048/58 é aquela que trata dessa matéria, à semelhança do que ocorre na União, pertinente à Justiça Militar da União, com o objeto da Lei Federal nº 8.457/92.

Da competência e o correspondente rito procedimental

Questão que trouxe e ainda traz discussões é o *alcance* da competência do Juiz de Direito nos *crimes militares praticados contra civil*, excluindo, por consequência, os crimes de alçada do Conselho de Justiça.

Desse modo, a inovação constitucional, ainda não disciplinada no Código de Processo Penal Militar, enseja uma série de questões, tais como: a) o Conselho de Justiça tem competência para julgar crimes que envolvam como vítima secundária o civil?; b) qual o rito a ser seguido nos processos do juiz singular?; c) haverá nulidade se o crime for de competência do Conselho de Justiça e for processado pelo Juiz Singular?; d) há de se falar em *vis attractiva* nos crimes conexos ou praticados em continência?; e) houve mudança na ordem de votação do Colegiado com a presidência na pessoa do Juiz de Direito? etc.

Diante do mencionado critério inovador, distinguindo as competências do Juiz Singular e do Conselho de Justiça, quando *o crime militar seja praticado contra civil*, se nos apresentam algumas facetas: a) o crime em que o civil seja a vítima primária; b) o crime em que o civil seja a vítima secundária; c) ou não há distinção, bastando existir vítima civil? d) pode o Conselho de Justiça processar e julgar crime contra vítima civil?

A competência do Juiz monocrático para processar e julgar os crimes militares praticados contra civil se refere apenas aos crimes *impropriamente* militares, enquanto que os demais crimes militares de competência do Conselho de Justiça serão tanto os *próprios* como os *impróprios*, que tenha o Estado como sujeito passivo principal.

Já decidiu o Supremo Tribunal Federal, no *Habeas Corpus* nº 93.076, sobre a competência do juiz singular para julgar os crimes militares impróprios:

"EC 45/2004: Juiz Singular e Crimes Militares Impróprios. A EC 45/2004, ao incluir o § 5º ao art. 125 da CF, atribuiu competência aos juízes singulares para o julgamento de crimes militares impróprios ('§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.'). Com base nesse entendimento, a Turma indeferiu habeas corpus em que se sustentava a competência do Conselho Permanente de Justiça para processar policial militar denunciado pela suposta prática dos delitos de roubo e extorsão mediante sequestro (CPM, artigos 242, § 2º, II e 244, § 1º, respectivamente), bem como se alegava o cerceamento à sua defesa ante a supressão da fase de alegações orais. Rejeitou-se o argumento de ofensa ao devido processo legal e salientou-se, ainda, que, na falta de normas procedimentais no Código de Processo Penal Militar, devem ser observadas as regras do Código de Processo Penal comum, nas quais não há previsão de alegações orais." ⁶

Sobre esse tema, o doutrinador RONALDO ROTH preleciona:

"Dessa maneira, a competência singular do juiz de direito para processar os crimes militares praticados contra civil se refere apenas aos crimes imprópriamente militares, ou seja, àqueles em que o civil seja o sujeito passivo primário de delito, caso contrário, até mesmo quando o civil fosse prejudicado, o fato seria apreciado singularmente pelo juiz de direito e não pelo Conselho de Justiça." ⁷

Como disse, a questão ainda não está definida por lei, o que certamente evitaria oscilações interpretativas. A doutrina e a jurisprudência têm se inclinado, majoritariamente, no sentido de que, nos crimes contra a Administração Militar (Título VII do CPM), a competência é do Conselho de Justiça, pois o bem jurídico tutelado nesses crimes é *preponderantemente* de interesse público, além de nesses casos a vítima civil ser *secundária*, pois o Estado é a vítima *primária*.

Tendo em vista o bem jurídico tutelado, a doutrina tem se perfilado no sentido de que há necessidade de se distinguir, no caso dos crimes militares praticados contra civil, se aquela vítima é *primária* ou *secundária*, para determinação da competência do Órgão jurisdicional.

A posição do festejado doutrinador RONALDO JOÃO ROTH é a de que "Os crimes contra a Administração Militar devem ser julgados pelo Conselho de Justiça,

⁶ Obtido do site: www.stf.jus.br

⁷ ROTH, Ronaldo João. *Primeiros comentários sobre a Reforma Constitucional da Justiça Militar estadual e seus efeitos, e a reforma que depende agora dos operadores do Direito*. Revista dos Tribunais, volume 853 – p. 442-483. Disponível em: <http://www.supremacultura.com.br>.

pois, há delitos militares em que o civil pode ser vítima primária, isso equivale dizer que ela é titular do bem jurídico tutelado pela Lei Penal Militar (vida, liberdade, honra, patrimônio etc.); no entanto, nos crimes contra a Administração Pública, o sujeito passivo em primeiro plano é o Estado ou a Administração Pública, como é o caso do peculato, da concussão e da corrupção passiva, podendo eventualmente o civil ser sujeito passivo secundário. (...) Nesses casos, em havendo eventualmente o civil como vítima, ainda assim prepondera a classificação do crime e não o bem em que foi atingido o civil. (...) Note-se que o critério de ser a vítima civil, instituído pelo Texto Magno para definir a competência interna no Juízo Militar, reservando aquele fato à competência do juiz monocrático, deve, no caso concreto, ser considerado ao lado do bem jurídico atingido, pois este vai revelar se o fato de existir uma vítima civil constituirá um crime que irá excluir ou não a competência do Juízo colegiado (Escabinato). (...)”⁸

Reiterando essa afirmação, o renomado jurista JORGE CÉSAR DE ASSIS (RT 853-456) afirma: “*com a mudança constitucional, o constituinte derivado quis deixar à competência do juiz de direito singularmente, e não ao Conselho de Justiça, os delitos militares que objetivamente atingem o bem jurídico da vítima primária, o civil, como ocorre nos crimes contra a pessoa e contra o patrimônio. Mas não é somente isso. O civil pode ser vítima primária de crime militar nos delitos: contra a pessoa (homicídio, lesão corporal, ameaça etc.), e contra o patrimônio (furto, roubo, apropriação indébita etc.), tipos penais esses que serão processados e julgados perante o juiz de direito, e ser vítima secundária de crime militar nos delitos contra a Administração Pública, tipos penais estes últimos que deverão merecer apreciação pelo Conselho de Justiça e não pelo juiz de direito*”.⁹

Reforçando essa teoria, CÉLIO LOBÃO adota a mesma tese: “*se o crime tem a administração militar estadual como sujeito passivo imediato e o civil como sujeito passivo mediato ou sujeito passivo no 'plano secundário' (conf. Damásio), como acontece, por exemplo, com a concussão (art. 305 do CPM), a competência será do Conselho.*”¹⁰

Nesse sentido, a jurisprudência do *Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo* (TJMSP) tem orientado: **Apelação Criminal nº 5.409/05**, 2ª Câmara, rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior, un., j. 30/11/2006; **Apelação Criminal nº 5.460/05**, 2ª Câmara, rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior, un., j. 30.11.06; **Apelação Criminal nº 5.407/05**, 1ª Câmara, rel. Juiz Fernando Pereira, un., j. 20/09/2005; **Apelação Criminal nº 5.437/05**, 1ª Câmara, rel. Juiz Fernando Pereira, un., j. 04/04/2006 e **Apelação Criminal nº 5.406/05**, 1ª Câmara, Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho, j. 05/07/2005.

⁸ ROTH, Ronaldo João, “*Primeiros Comentários sobre a Reforma Constitucional da Justiça Militar estadual e seus efeitos, e a Reforma que depende agora dos operadores do Direito*”, 2006, RT 853-442/483

⁹ ASSIS, Jorge César de, “*Direito Militar – Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos*”. 2ª ed. Curitiba: Juruá, 2007, pp. 193/194.

¹⁰ Célio Lobão, “*Reforma do Judiciário – A Competência da Justiça Militar*”, Revista “Direito Militar”, AMAJME, Florianópolis, nº 50, nov./dez. 2004, p. 11.

TJMSP: “Prevalência da Administração como sujeito passivo dos ilícitos penais militares contra ela praticados, ainda que de forma concomitante, ou secundária, civis também figurem como sujeitos passivos desses crimes. A interpretação do artigo 125, § 5º, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 45, é de que os julgamentos dos denominados “Crimes contra a Administração Militar” devem continuar a ser realizados pelos Conselhos de Justiça” (TJMSP – 1ª Câmara - **Apelação Criminal nº 5.407/05** - Rel. Juiz Cel Fernando Pereira – unânime - J. 20/09/2005); No mesmo sentido: *Apelação Criminal nº 5.437/05*.

TJMSP: “Conquanto patente a diversidade das ações praticadas, possível concluir pela existência de conexão entre os dois delitos. Diante da observância do princípio da economia processual, não se afigura ilegal a realização em conjunto dos atos instrutórios da persecução penal, ainda que o posterior julgamento do feito venha a ser proferido por órgãos jurisdicionais diferentes.” (TJMSP – 2ª Câmara – *Habeas Corpus nº 2.008/08* – um.- J. 17/07/2008)

Em posição oposta, MARCO ANTONIO DE BARROS e ENIO ROSSETTO defendem que, nos crimes em que haja vítima civil, a competência é do Juiz Singular, independentemente de ser sujeito passivo primário ou secundário, como ocorre nos crimes contra a Administração Militar. Essa interpretação sustenta-se na literalidade do termo *crimes contra civis*, sem exceção.

E continuam: “(...) Fazer outra interpretação da norma constitucional é mudar o sentido literal que os legisladores deram à Constituição, sob pena de tornar letra morta o § 5º do art. 125 da CF/88, até porque se o Estado é sujeito passivo constante, em todos os crimes, não se fixará jamais a competência do Juiz de Direito, o que é um arrematado absurdo. (...)”¹¹

Do processo e do julgamento

Superada a questão dos crimes de competência do juiz singular, como visto atrás, surge a seguinte questão: se o crime for de competência do Conselho de Justiça, mas tiver sido processado e/ou julgado pelo Juiz de Direito singularmente, haverá ou não nulidade?

Sabemos que, se o procedimento desrespeita a regra constitucional, haverá nulidade absoluta.

Entretanto, com base na regra contida no artigo 507 do CPPM, podem ser aproveitados os atos não decisórios, se homologados pelo Conselho de Justiça, *in verbis*: “Os atos da instrução criminal, processados perante juízo incompetente, serão revalidados, por termo, no juízo competente”.

¹¹ Marco Antonio de Barros e Enio Rossetto, “Justiça Militar estadual e a Reforma do Judiciário”, publicado na RT 849-454/465.

Veja que referida regra vem complementada por outro dispositivo importante, o do artigo 508 do CPPM (com a mesma redação do artigo 567 do Código de Processo Penal Comum (CPP): “A incompetência do juízo anula somente os atos decisórios, devendo o processo, quando for declarada a nulidade, ser remetido ao juiz competente.”

À luz do princípio constitucional do Juiz Natural é que tais regras devem ser interpretadas (art. 5o, LIII, da CF: “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente.”), logo, *inaproveitáveis* aquelas regras, pois o problema surgido *não é* de competência territorial, mas de competência *constitucional*, esta, como se disse, fixando a competência dos *dois* Órgãos de Primeira Instância da Justiça Militar *estadual*: o Juiz de Direito e o Conselho de Justiça.

A norma constitucional do artigo 5o, LIII, da CF (*princípio do juiz natural*) impõe como garantia, que o processo e o julgamento (sentença) sejam realizados por Órgão competente.

Oportuno lembrar a lição de ADA PELLEGRINI GRINOVER, ANTONIO MAGALHÃES GOMES FILHO e ANTONIO SCARANCE FERNANDES: “A expressão constitucional do art. 5o, LIII (*Ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente*), deve ser lida, portanto, como garantia do juiz constitucionalmente competente para processar e julgar. Não será juiz natural, por isso, o juiz constitucionalmente incompetente, e o processo por ele instruído e julgado deverá ser tido como inexistente.”

E continuam os afamados doutrinadores: “(...) Agora, em face do texto expresso da Constituição de 1988, que erige em garantia do juiz natural a competência para processar e julgar (art. 5o, LIII, da CF), não há como aplicar-se a regra do artigo 567 aos casos de incompetência constitucional: não poderá haver aproveitamento dos atos não-decisórios, quando se tratar de competência de jurisdição, como também de competência funcional (hierárquica e recursal), ou de qualquer outra, estabelecida pela Lei Maior.”¹²

No mesmo sentido, a doutrina de EUGÊNIO PACELLI DE OLIVEIRA: “(...) Assim, quando o vício referir-se à incompetência absoluta, não será o caso de aplicação do art. 567 do CPP, não se podendo falar em ratificação de quaisquer atos processuais, ainda que não decisórios, tratando-se, na verdade, de processo nulo desde o início. (...)”¹³

O mesmo ocorre na circunstância de um processo crime ter sido instaurado perante a *Justiça Comum* e depois se verifica que o crime é *militar*, ocasionando *declinatoria fori* para a Justiça Castrense, quando então *nem os atos decisórios* (recebimento da denúncia, sentença etc., por exemplo) *nem os atos instrutórios* poderão ser aproveitados, pois tidos como *inexistentes* e o processo realizado é nulo.

Por se tratar de *nulidade absoluta* e o *prejuízo é presumido*, desnecessário inquirir do prejuízo, pois, tratando-se de desrespeito à competência constitucional,

¹² Ada Pellegrini Grinover, Antonio Magalhães Gomes Filho e Antonio Scarance Fernandes, “As nulidades no processo penal”, RT, 2009, págs. 42/43.

¹³ Eugênio Pacelli de Oliveira, “Curso de Processo Penal”, Lúmen e Júris, 2008, pág. 681.

além do fato de que, tendo o processo tramitado perante o Juiz Singular, *houve subtração dos atos instrutórios perante os Juízes Militares que compõem o Colegiado* e estes são os destinatários das provas produzidas. Portanto, houve prejuízo *in concreto*.

Em sendo este o caso, se os atos processuais forem de competência do Conselho de Justiça e forem realizados somente pelo Juiz de Direito, *não há de se falar em aproveitamento dos atos do juiz incompetente*, sendo o processo nulo. Assim já decidiu o TJMSP, pelas suas *duas* Câmaras: na **Apelação Criminal nº 5.699/07**, rel. Evanir Ferreira Castilho, unânime, j. 17/11/2009 - 1ª Câmara e na **Apelação Criminal nº 5.572/06**, rel. Paulo Prazak, unânime, j. 15/10/2009 - 2ª Câmara.

Contrario sensu, em sendo a instrução criminal realizada perante o Escabinato, como, por exemplo, nos crimes de *falsidade ideológica, peculato e ameaça*, e o *juulgamento* foi realizado pelo Juiz Singular, apenas *nulo é o juulgamento*, quanto aos *três* delitos, devendo os crimes de falsidade e peculato serem julgados pelo Colegiado e pelo Juiz monocrático o de ameaça, aproveitando-se a instrução criminal, pois esta realizada pelo Conselho de Justiça (TJMSP, 1ª Câmara, **Apelação Criminal nº 5.492/05**, unânime, rel. Paulo Prazak, j. 01/08/2006).

Mantendo posicionamento apenas pela *anulação do juulgamento feito pelo Juiz Singular, para que outro seja feito pelo Colegiado*, a jurisprudência do TJMSP assim decidiu: **Apelação Criminal nº 5.407/05**, rel. Juiz Fernando Pereira, unânime, j. 20.09; e **Apelação Criminal nº 5.437/05**, rel. Juiz Fernando Pereira, unânime, j. 04/04/2006 05 - 1ª Câmara.

Processo e juulgamento pelo Conselho de Justiça

De conformidade dos julgados acima mencionados, nos casos em que a competência seja do Juiz de Direito, mas o processo e o juulgamento tenham ocorrido perante o Conselho de Justiça, a situação atrai a atenção: há também uma aparente nulidade absoluta, por violação expressa de competência constitucional (art. 125, § 5º, da CF). Entretanto, como a instrução foi *presidida* pelo Juiz de Direito, *não se subtraiu deste* o conhecimento da matéria, daí porque viável apenas a *anulação do juulgamento*.

Sem prejuízo algum, pois o Juiz monocrático recebeu a denúncia, instruiu o processo, faltando-lhe apenas a prerrogativa de julgar, *singularmente*, o feito; por conseguinte, ainda que tenha havido atuação do Colegiado na instrução, *esta é aproveitável*, pois realizada perante o Juiz de Direito, que preside o Escabinato.

Do rito a ser realizado nos crimes de competência do juiz singular

Embora a questão não tenha similar no Código de Processo Penal Militar (CPPM), recomenda-se a aplicação da *analogia*, no que couber (RT 853/462-463). Mesmo porque, já decidiu o STF, em acórdão da relatoria do Ministro Celso de Mello: *“Na falta de normas procedimentais no Código de Processo Penal Militar, devem ser observadas as regras do Código de Processo Penal comum (HC nº 93.076/RJ)*. No mesmo sentido, a r. Decisão do STJ, em acórdão da relatoria da Ministra Jane Silva (HC nº 74.979/RJ).

Da conexão de crimes ou praticados em continência

No mesmo processo, podem ocorrer crimes, cuja competência para processar e julgar seja do Juiz de Direito (por exemplo, lesão corporal contra civil) e crime de competência do Conselho de Justiça (por exemplo, concussão). Então, *há de se falar em vis attractiva nos crimes para um dos Órgãos Julgadores? Qual?*

Esta questão é altamente relevante e está disciplinada no Texto Constitucional. Portanto, a disciplina infraconstitucional para solucionar a questão não é suficiente plausível, pois *não se pode interpretar a Constituição pela Lei ordinária (gesetzeskonformen verfassungsinterpretation). O contrário é o que se faz.*¹⁴ ¹⁵

A posição do mestre e doutrinador RONALDO JOÃO ROTH e já seguida pela corrente majoritária assim se expressa: “*Não há de se falar em vis attractiva, pois a questão trata de competência constitucional, não incidindo a regra infraconstitucional prevista no CPPM. Os dois Órgãos (Singular e Colegiado) têm a mesma importância, consoante o comando constitucional, não sendo permitida, portanto, a vis attractiva*”.¹⁶

E mais: diante dessa realidade, é inaplicável, até mesmo, a discutida expressão já apontada: *gesetzeskonformen verfassungsinterpretation*, isto é, a interpretação da Constituição em conformidade com a lei ordinária. Dentre os perigos que tal interpretação pode acarretar, Gomes Canotilho aponta o “*perigo de a interpretação da constituição de acordo com as leis ser uma interpretação inconstitucional*” (Direito Constitucional, Liv. Almedina, Coimbra, 5ª ed., 1991, pág. 242).

E temos, ainda, a seguinte questão: haveria, então, *dois* processos: a) um de competência do Juiz Singular e outro do Colegiado; ou b) poderia se cogitar de um único processo?

Mais uma vez, socorre-nos a lição do mestre RONALDO JOÃO ROTH: “*Fundado na questão da economia processual, indiscutivelmente a segunda alternativa é a mais adotada no dia-a-dia forense, no que se denominam processos de competência mista, evitando-se dispêndio de tempo e de recursos de mais de um processo e a injustificada oitiva de pessoas (réus, vítimas e testemunhas) por mais de uma vez, no mesmo Juízo, no mesmo contexto fático (RT 853/459-462). Nesse sentido, a tese foi abonada pelo TJMS, no seguinte julgado: 2ª Câmara – **Habeas Corpus nº 2008/08** - rel. Juiz Paulo Prazak – unânime – j. 17/07/2008*”

Com o advento da EC nº 45/04, ocorreram várias alterações na Justiça Militar estadual, alterando a competência para o Tribunal do Júri conhecer dos

¹⁴ STJ, 6ª T., RHC 2472/SP, Rel. Min. Adhemar Maciel, v.u, DJ. 10.05.93, p. 9.648. Idem, STJ, 6ª T., HC n. 2.295/SP, DJ. 27.06.94, p. 17.003.

¹⁵ Celso Ribeiro Bastos, “*Hermenêutica e Interpretação Constitucional*”. 2. ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999, págs. 101/102: [...] não se dá conteúdo à Constituição a partir das leis. A fórmula a adotar-se para a explicitação de conceitos opera sempre ‘de cima para baixo’, o que serve para dar segurança em suas definições. O postulado da supremacia da Constituição repele todo o tipo de interpretação que venha de baixo, é dizer, repele toda a tentativa de interpretar a Constituição a partir da lei. O que cumpre ser feito é sempre o contrário, vale dizer, procede-se à interpretação do ordenamento jurídico a partir da Constituição[...].”

¹⁶ Ronaldo João Roth, “*Primeiros Comentários sobre a Reforma Constitucional da Justiça Militar estadual e seus efeitos, e a Reforma que depende agora dos operadores do Direito*”, 2006, RT 853-442/483.

crimes *militares* dolosos contra a vida de civil, criando a competência cível nas ações judiciais contra atos disciplinares militares, além de criar uma competência *interna* distinta entre o Conselho de Justiça e o Juiz de Direito, atribuindo a este a presidência daquele.

E como ainda não houve alteração na lei infraconstitucional castrense, harmonizando esta com o Texto Constitucional, essas *inovações* trazem até hoje discussões e controvérsias, no que urge uma reforma do Código de Processo Penal Militar.

Todavia, a doutrina e a jurisprudência, mormente do TJMSP, vêm solucionando os impasses dessa matéria e hoje, *majoritariamente*, estão definidas várias questões, tratadas neste artigo, assim definidas:

a) os crimes praticados contra a Administração Militar são da competência do Conselho de Justiça (Permanente e/ou Especial), ainda que tenha como sujeito passivo vítima civil, que, no caso, é considerada como secundária;

b) os crimes praticados contra civil serão da competência do Juiz monocrático, quando aquele seja o sujeito passivo *primário* do bem jurídico tutelado, como nos crimes contra a honra, o patrimônio, lesão corporal etc.;

c) não foi alterada a ordem de votação nos Conselhos de Justiça, por conta da presidência deste ser do Juiz de Direito, o qual continua sendo o primeiro a proferir o voto no julgamento;

d) em face da competência constitucional do Juiz de Direito e do Conselho de Justiça, nos casos de conexão e continência, não há de se falar em *vis attractiva*;

e) finalizando, o processo deve ser *único*, na ocorrência de competência mista do Juiz de Direito e do Colegiado, que é o caso do militar estadual cometer delitos, cuja vítima *primária* seja o civil e a *secundária* o Estado, ou vice-versa.

E assim, mesmo que ausente disciplina legal em cada uma dessas questões, como afirma o festejado doutrinador RONALDO JOÃO ROTH, “o Juiz não pode deixar de solucioná-las ou decidi-las, não havendo dúvida da importância da doutrina e da jurisprudência, para a solução nas questões aqui abordadas”.

Com este singelo trabalho, espero ter contribuído para a melhor solução das dúvidas sobre a competência do Juiz de Direito, dos Conselhos de Justiça e o correspondente rito procedimental na Justiça Militar Estadual, até que ocorram mudanças na legislação infraconstitucional.

Liberdade provisória e menagem no Código de Processo Penal Militar

José Miguel da Silva Junior*

A liberdade é um direito fundamental garantido pela nossa Lei Maior em seu artigo 5º, *caput*, que traz semelhança com o artigo 7º do *Pacto de São José da Costa Rica*, sendo o Brasil signatário da citada Convenção.

Como nos leciona RONALDO JOÃO ROTH¹, na mais recente obra de *Direito Militar - Doutrina e Aplicações*, “a liberdade do cidadão vem garantida por vários princípios constitucionais como o devido processo legal (art.5º, LIV, da CF); princípio da presunção de inocência (art.5º, LVII, da CF); princípio de autorizações das prisões em flagrante delito por ordem escrita e fundamentada do juiz (art.5º, LXI, da CF); princípio do exame obrigatório da prisão pelo juiz (art.5º, LXV, da CF); princípio da garantia da liberdade provisória, com ou sem fiança (art.5º, LVI, da CF); princípio da obrigatoriedade de fundamentação da decisão judicial (art.93º, IX, da CF), e outros.”

A liberdade do cidadão deve ser protegida de qualquer arbítrio, de qualquer violação à dignidade da pessoa humana cometida por agentes públicos, pois se o Poder Judiciário não suprimir qualquer violação, estará suprimindo a essência do Estado Democrático de Direito. Preocupado com supostas violações, o legislador originário estabeleceu que: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito” (art.5º, XXXV, da CF).

Nesta esteira, o augusto RONALDO JOÃO ROTH nos ensina; “sendo o juiz a autoridade pública a que a Lei Maior outorgou a tarefa de tutelar a liberdade do cidadão, conferindo-lhe o controle sobre o cerceamento desta, ou, ainda, a prerrogativa de impor, no caso concreto, a prisão, sempre de modo justificado e fundamentado, incumbe-lhe conhecer qualquer tipo de prisão que tenha ocorrido, verificar se a mesma é legal e, se constatar qualquer ilegalidade, relaxá-la, ou ainda que não seja ilegal, verificar se a mesma deve ser substituída pela Liberdade Provisória”². Desse modo, como afirma o renomado autor, “Cabe, portanto, ao juiz no Estado Democrático de Direito, o papel de garantista dos direitos fundamentais do homem”³.

Afirma o não menos festejado SCARANCA FERNANDES⁴: “A expressão Liberdade Provisória não é adequada, apesar de consagrada e constar na Constituição Federal e no Código de Processo Penal. Traz a ideia de uma liberdade que pode, a qualquer momento, vir a cessar.”

* Advogado militante na Justiça Militar do Estado de São Paulo, Especialista em Direito Militar, Coordenador da Comissão de Direito Militar da OAB/SP - Subseção Santo Amaro.

¹ Ronaldo João Roth, “A Liberdade Provisória e a Menagem no Código Processual Penal Militar”, in “Direito Militar – Doutrinas e Aplicações”, Elsevier, Coordenado por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, 2011, págs. 739/760.

² Ronaldo João Roth, Ob. cit. pág. 740.

³ Ronaldo João Roth, Ob. *ib idem*.

⁴ Scaranca Fernandes, *Processo Penal Constitucional*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 6ª edição, pág. 302.

Já VICENTE GRECO FILHO⁵, nos leciona: “A *Liberdade Provisória é uma antecipação da liberdade definitiva. E contrapõe que a liberdade definitiva temos todos nós, inclusive o acusado que não teve, contra ele, nenhum motivo de prisão provisória.*”

No mesmo sentido, CÉLIO LOBÃO⁶, bem cita o ensinamento do saudoso **Frederico Marques**, senão vejamos: ““*melhor caberia a denominação liberdade vinculada*”, em vez de *liberdade provisória*, sem dúvida mais adequada à luz do disposto no art. 5º, LVII, da CF. No entanto, o processualista penal justifica a escolha da última denominação, porque “*pressupõe, sempre, ou a prisão anterior, ou a possibilidade de imediata prisão cautelar do acusado.*””

No entendimento de FERNANDO DE ALMEIDA PEDROSO⁷, “*a segregação provisória, em qualquer de suas espécies, exige, pelo menos, para sua viabilidade, uma certeza relativa do crime, ora denotada por sua viabilidade, ora por sua prova e indícios de autoria.*” As afirmativas dos tratadistas não divergem do posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que entendeu: “*A prisão cautelar - que tem a função exclusivamente instrumental – não pode converter-se em forma antecipada punição penal. A privação cautelar da liberdade - que constitui providência qualificada pela nota da excepcionalidade – somente se justifica em hipóteses estritas, não podendo efetivar-se, legitimamente, quando ausente qualquer dos fundamentos legais necessários à sua decretação pelo Poder Judiciário*” (HC 80.379, STF, rel. Min. Celso Melo, 2ª Turma, j. 18/12/200).

Com muita propriedade, discorre GRECO FILHO que a “*liberdade provisória é a situação substitutiva da prisão processual. É um contraposto da prisão processual. Ou seja, se, de maneira antecedente, há fundamento para a prisão provisória, esta não se efetiva ou se relaxa se houver uma das situações de liberdade provisória.*” E arremata: “*presente a situação legal, a liberdade é um direito do acusado.*”⁸ Porém, a liberdade provisória poderá ser cassada a qualquer momento, por motivos supervenientes, com atendimento das normas autorizadoras da medida coercitiva.

CELSO RIBEIRO BASTOS, citado por *Ronaldo João Roth*, assevera: “*A liberdade provisória do acusado é uma garantia constitucional a proteger o seu “status libertatis”, e complementa, “a liberdade provisória, com ou sem fiança, é uma garantia conferida a presunção à inocência do réu.*”⁹

O Professor HERÁCLITO ANTÔNIO MOSSIN lembra o indispensável dispositivo constitucional (art. 5º, LXIV) que disciplina a liberdade provisória:

“(…) *A Constituição Federal em vigor assenta: “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança.*”

⁵ Vicente Greco Filho, *Manual de Processo Penal*, Editora Saraiva, 7ª ed., São Paulo, pág. 280.

⁶ Célio Lobão, *Direito Processual Penal Militar – Justiça Militar Federal e Estadual*, Ed. Forense, 2ª ed., Rio de Janeiro, 2011, pág. 328.

⁷ Fernando de Almeida Pedroso, *Processo Penal*, Ed. RT, São Paulo, 2001, pág. 88.

⁸ Ob. cit. Pág. 280.

⁹ *Apud* Ronaldo João Roth, *Temas de Direito Militar*, Ed. Suprema Cultura, São Paulo, pág. 148.

A liberdade é *garantia constitucional* que incide tanto no caso de crime comum como no caso de crime militar, de forma que diante de sua violação, é cabível o remédio heroico do *habeas corpus*.

Relevante dizer que as decisões judiciais devem ser fundamentadas e, em especial, aquelas referentes à prisão cautelar, em conformidade com o que dispõe o artigo 256 do Código de Processo Penal Militar e o artigo 315 do Código de Processo Penal Comum, ambos em escorreito alinhamento com o artigo art.93, IX, da nossa Carta Política.

Nesse sentido, para a válida decisão judicial que decreta a prisão cautelar, não basta se valer laconicamente da causa ou circunstância que ensejou aquela medida constritiva, como, por exemplo, garantia da ordem pública, periculosidade do réu, conveniência da instrução criminal etc, mas deverá o Magistrado, no caso concreto, demonstrar a necessidade da medida cautelar diante das peculiaridades de cada caso, sobretudo porque milita em favor da pessoa a presunção de inocência.

Em nosso direito positivo, o *status libertatis* é a regra e não a exceção, daí porque a prisão deverá, então, ter fundamentação concreta e não abstrata.

Não podemos deslembrar que as medidas da segregação tem a natureza cautelar pessoal, de modo que se revestem de fundamental importância a existência dos pressupostos do *fumus boni iuris* e a do *periculum in mora*.

Neste diapasão, é o entendimento do Ministro do *Supremo Tribunal Federal*, GILMAR MENDES: (HC 106.546):

"a manutenção da prisão preventiva deve indicar, de forma expressa, os fundamentos para a decretação da prisão cautelar do artigo 312 do CPP: garantia da ordem pública; garantia da aplicação da lei; ou conveniência da instrução criminal. No entanto, é preciso ainda que sejam apontados elementos do caso que caracterizem um dos requisitos expressos no dispositivo do CPP.

Na linha da jurisprudência deste tribunal, não basta a mera explicitação textual dos requisitos previstos, sendo necessário que a alegação abstrata ceda à demonstração concreta e firme de que tais condições realizam-se na espécie. Dessarte, a tarefa de interpretação constitucional para a análise de uma excepcional situação jurídica de constrição da liberdade dos cidadãos exige que a alusão a esses aspectos esteja lastreada em elementos concretos, devidamente explicitados."

Verificando a relevância do tema, no referido *Habeas Corpus*, o Ministro *Gilmar Mendes* reconheceu que a Relatora do Pedido de *Habeas Corpus* no STJ, Ministra *Maria Thereza de Assis Moura*, ao indeferir o pedido de liberdade provisória do suspeito, não indicou os elementos concretos e individualizados para demonstrar a necessidade da prisão cautelar.

Conforme abordado alhures, **a liberdade é a regra**, sendo a **prisão cautelar a exceção**, não obstante a referida prisão ser autorizada pela Carta da República. Por outro lado, como já se demonstrou, a liberdade provisória se reveste de uma garantia

constitucional insculpida no artigo 5º inciso LXVI- “ninguém será levado à prisão ou nela mantido, quando a lei admitir a liberdade provisória, com ou sem fiança”.

Cabe salientar, ainda, que o instituto da fiança estava se tornando ineficaz antes do advento da Lei 12.403/2011, porém, com a nova redação do artigo 322 do Código de Processo Penal Comum, a autoridade policial poderá arbitrar fiança às infrações penais com pena máxima não superior a 4 anos. Verifica-se que houve modificação no critério para o arbitramento da fiança. Antes do advento da Lei 12.403/11, considerava-se a espécie de pena aplicada ao crime, (prisão simples, detenção ou reclusão), ao passo que, agora, o arbitramento da fiança lastreia-se na quantidade da pena prevista em abstrato. A norma em vigor exige que, caso a pena seja superior a 4 anos, a fiança só poderá ser arbitrada pelo juiz, que decidirá em 48 horas.

Da liberdade provisória no CPPM

A liberdade provisória prevista no artigo 253 do Código de Processo Penal Militar descreve as circunstâncias que amparam aquela medida calcada nos artigos 35, 38, 40, 39 e 42 do Código Penal Militar, cabendo destacar que no processo penal militar não há previsão para o instituto da fiança.

No entanto, há um paralelismo entre o instituto da fiança, que é inerente ao Direito criminal comum, e o instituto da **menagem**, que é próprio do Direito criminal castrense.

Segundo HOMERO PRATES, citado por *Ronaldo João Roth*,¹⁰ “Pelo seu caráter especial, o foro militar não adotou o instituto da fiança criminal, que, sob alguns aspectos foi substituído pela menagem, com a qual tem certas analogias.”

De se observar, no entanto, que a rigidez da legislação processual castrense, a despeito da liberdade provisória ser uma garantia constitucional, pode ser verificada também através da normativa contida no artigo 270 do Código de Processo Penal Militar, ou seja, não se limita apenas ao artigo 253 do mesmo diploma processual anteriormente citado.

O artigo 270 do *Código de Processo Penal Militar* disciplina que:

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

Parágrafo único. Poderá livrar-se solto:

- a) no caso de infração culposa, salvo se compreendida entre as previstas no Livro I, Título I, da Parte Especial, do Código Penal Militar;*
- b) no caso de infração punida com pena de detenção não superior a dois anos, salvo as previstas nos arts. 157, 160, 161, 162, 163, 164, 166, 173, 176, 177, 178, 187, 192, 235, 299 e 302, do Código Penal Militar”.*

¹⁰ *Apud* Ronaldo João Roth, “Temas de Direito Militar”, Ed. Suprema Cultura, São Paulo, 2004, pág. 146.

De se constatar que referido dispositivo, acima transcrito, dispõe que o acusado ou indiciado, livrar-se-á solto no caso de infração que não for cominada pena privativa de liberdade. Logo, o preso autuado em flagrante, por crime culposo, terá inequivocamente garantido o direito à liberdade provisória, nos termos da letra “a”, do parágrafo único do artigo 270 do CPPM.

Por outro lado, a regra de liberdade em caso de crime culposo, quando se tratar de crimes que atentam contra a Soberania e Segurança Nacional, tem exceção à liberdade provisória conforme descreve a segunda parte do texto da alínea “a” do parágrafo único do artigo 270 do CPPM. Assim, como exemplo desta exceção, temos o dispositivo do artigo 143, § 2º, do Código Penal Militar o qual prescreve: *"contribuir culposamente para a consecução de notícia, informação ou documento para fim de espionagem"*.

Ou ainda, o delito tipificado no artigo 144, § 3º, do CPM: *"revelação de notícia, informação ou documento, por culpa"* e artigo 145 § 2º, do CPM: *"contribuir culposamente para turbação de objeto ou documento"*.

Consoante o Diploma Processual Castrense, terá ainda garantido o direito ao instituto da liberdade provisória, o acusado ou indiciado, preso em flagrante, que cometer a infração penal militar punida com pena de detenção não superior a dois anos, em conformidade com a letra “b” do artigo 270 do Estatuto Processual castrense.

Entretanto, no parágrafo único temos a vedação para a concessão da liberdade, notadamente para crimes, previstos no Código Penal Militar, que atentem diretamente contra a hierarquia e disciplina, sendo eles descritos taxativamente, tal como: delito de violência contra superior (art. 157), desrespeito a superior (art. 160), desrespeito ao símbolo nacional (art. 161), despojamento desprezível (art. 162), recusa de obediência (art. 163), oposição a ordem do sentinela (art. 164), publicação ou crítica indevida (art. 166), abuso de requisição de militar (art. 173), ofensa aviltante a inferior (art. 176), resistência mediante a ameaça ou violência (art. 177), fuga de preso ou internato (art. 178), deserção (art. 187), deserção por evasão de fuga (art. 192), pederastia ou outro ato de libidinagem (art. 235), desacato a militar (art. 299) e ingresso clandestino (art. 302).

Merece destaque que a maioria dos delitos acima citados é definida como propriamente militares, cuja definição vale a pena trazer a baila: são os ilícitos penais previstos unicamente no Código Penal Militar.

Muito se discute quanto à aplicação do artigo 310 do Código de Processo Penal Comum na justiça castrense, questão esta que pelo nosso entendimento é perfeitamente possível e normal a aplicação supletiva do citado artigo nos crimes militares, tendo em vista a autorização expressa do artigo 3º, item “a” do Código de Processo Penal Militar.

O princípio da inocência consagrado na Carta Política e previsto na Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) assegura ao militar, primário e de bons antecedentes, o direito de responder a todos os trâmites processuais em liberdade, e até mesmo o de recorrer fora do cárcere, pois da mesma forma que os condenados pela Justiça Penal comum, não devem se recolher a prisão para apelar, a teor do que autorizava o extinto artigo 594 do Código de Processo Penal, matéria recentemente

pacificada no Supremo Tribunal Federal: os integrantes das corporações militares também gozam desta garantia de acordo com o que preconiza o artigo 597 do Código de Processo Penal Militar.

Nesse sentido, LUIZ FLÁVIO GOMES¹¹ preleciona o seguinte:

“O art. 597 do CPPM tem redação muito parecida com o art. 594 do CPP. Diz aquele dispositivo: “O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se primário e de bons antecedentes, reconhecidas tais circunstâncias na sentença condenatória”. Segundo a tese que compartilhamos, esse art. 597 está revogado, isto é, não foi recepcionado pela ordem constitucional de 88. E se tivesse sido recepcionado agora estaria revogado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, 2, h).

Em casos concretos nos deparamos com a aplicação do artigo 310 do Código de Processo Penal Comum, pelo nobre magistrado **Ronaldo João Roth**, da Primeira Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo, como ocorreu nos autos do Processo de número **53.123/09**, que deferiu o pedido da liberdade provisória em favor do acusado, sendo o réu processado por supostamente ter praticado as condutas previstas no artigo 298, c.c. artigo 160, c.c. artigo 301, c.c. artigo 223, na forma do artigo 79, todos do Código Penal Militar, isso à despeito de dentre os crimes imputados ao réu existir a vedação para a liberdade provisória relativa a tipificação do artigo 160 do Código Penal Militar (desrespeito a superior). Em sua exemplar decisão, citou o nobre magistrado, **a lição de Beccaria, em sua obra “Dos delitos e das penas”, em 1764, prelecionando que “a perda da liberdade, sendo já uma pena, esta só deve preceder a condenação na estrita medida em que sua necessidade a exige”.**

Nota-se, pois, que o artigo 310 do Código de Processo Penal, aplicado por analogia ao caso concreto, dadas as suas peculiaridades, como bem fundamentado pelo eminente Juiz de Direito da Primeira Auditoria da Justiça Militar de São Paulo, em seu voto, permite que o Recorrido aguarde todos os trâmites processuais fora do cárcere, respeitando-se, dessa forma, o princípio constitucional da presunção de não culpabilidade, e a supremacia da Constituição Federal sobre a norma que veda a liberdade provisória no artigo 270 do Código de Processo Penal Militar.

Ressalte-se que no caso mencionado acima da Primeira Auditoria Militar, o ilustre representante do Ministério Público apresentou Recurso em Sentido Estrito, sendo a decisão de primeira instância mantida por unanimidade de votos pelo Tribunal Castrense Bandeirante, nos autos do RSE nº 00991/2009, com a seguinte ementa:

TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DE SÃO PAULO: *“Recurso em Sentido Estrito - Deferimento do Pedido de Liberdade Provisória - Preliminares, condição de aplicação subsidiária da norma do parágrafo*

¹¹ Luiz Flávio Gomes, *“O direito de Apelar em Liberdade – Conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos”*, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 1994, pág. 84.

único do artigo 310 do CPP é a inexistência de tais requisitos, a decisão recorrida enquadra-se na hipótese da letra "h" do artigo 516 do CPP. Assim, como bem observado pelo Magistrado da Primeira Auditoria, não houve reconhecimento da prisão preventiva – preliminares - rejeitadas por unanimidade. No mérito verifica-se que na decisão concessiva da liberdade provisória foi tomada a ponderação do caso concreto, em que não se vislumbra a presença dos requisitos autorizadores da prisão preventiva, V.U, Nega Provisamento ao Recurso Ministerial, em conformidade com o voto do Relator (TJMSP – 1ª Câmara – RSE nº 00991/2009 – Rel. Juiz Clóvis Santinon - 14.06.2009)”.

Da menagem

Conforme abordado alhures, o Código de Processo Penal Militar não prevê o instituto da fiança. Todavia, em seu artigo 263, dispõe do instituto da *menagem*.

A *menagem* teve origem na Idade Média. Já no Brasil, foi introduzida através do “Código de Processo Criminal”, art.113, que aboliu as cartas de seguro e qualquer outro meio que não fosse a fiança, para que algum réu se livrasse solto, e dela ocupou-se nos artigos 100 a 112, disposições estas alteradas pelas Leis de 3 de dezembro de 1841, de 20 de setembro de 1871, e de 28 de outubro de 1899 e respectivos regulamentos, e pelo Código Penal de 1830, art. 406.

Em nosso País, a *menagem* passaria a ser um instituto basicamente militar. O Regulamento Processual Criminal Militar, baixado então pelo STM, em 16 de julho de 1895, previa a *menagem* para militares e civis, indistintamente, nos crimes cuja pena máxima cominada fosse de quatro anos. Na forma exposta naquele Regulamento e nos diplomas posteriores, a *menagem* foi expressamente prevista nos dois Códigos da Justiça Militar que sucederam ao Regulamento, disciplinada no artigo 157.

Por último, a *menagem* também teve o amparo no Direito Constitucional, precisamente na Constituição de 1937 (artigo 168), na Constituição de 1946 (artigo 209, I), na Constituição de 1967 (artigo 152, § 2º), e na Constituição de 1969 (artigo 156, § 2º, alínea “a”), instituída modalidade de “residência forçada” para vigorar durante o estado de sítio na época da ditadura militar.

A Carta da República de 1988, em seu artigo 139, inciso I, menciona expressamente que na vigência do estado de sítio, poderão ser tomadas contra as pessoas, dentre outras, a seguinte medida: “*obrigação de permanência em localidade determinada*”.

Sobre o instituto da *menagem*, RONALDO JOÃO ROTH¹² nos ensina:

“A menagem, é, segundo a doutrina, a prisão sob palavra, que tem sua origem na idade média, onde existiam vários institutos para permitir o

¹² Ronaldo João Roth, “Direito Militar - Doutrina e Aplicações”, Ed. Elsevier, 2011, Rio de Janeiro, pág.742.

infrator não fosse recolhido ao cárcere quando pilado na prática de um crime; dentre eles: o seguro, a homenagem (menagem), a palavra dos feis carcereiros e a fiança. A homenagem consistia na garantia do nobre de permanecer em seu castelo ou propriedade aguardando o a solução do processo-crime. A homenagem atravessou os séculos chegando ao nosso ordenamento jurídico como menagem, instituto genuinamente militar”.

Segundo o renomado doutrinador castrense, a *menagem*, “É um instituto pertinente, portanto, aos crimes militares e assemelha-se à prisão provisória ou à liberdade provisória, dependendo do modo como o Juiz a aplique ou conceda no caso concreto, consoante dispõe o art. 263 e seguintes do CPPM”.

Portanto, como sustenta o nobre Magistrado Roth, a *menagem* é um instituto de natureza dúbia, porque, a um só momento, é revestida de benefício e uma “espécie” de prisão provisória fora do cárcere, ou seja, *menagem-prisão* quando o Juiz substitui a prisão em flagrante delito determinando o recolhimento do menageado ao quartel ou à residência, sem rigor carcerário, ou *menagem-liberdade*, quando o juiz a concede para cumprimento na cidade, de modo, o que determina a sua face, é a forma de sua concessão e do seu cumprimento.

Abordando o singular tema da menagem, de se transcrever a lição de CELIO LOBÃO¹³:

“a menagem não se confunde com a liberdade provisória. Consiste na liberdade com restrição de permanência em um determinado sítio, nas duas espécies do benefício, a saber: menagem obrigatória ou legal e facultativa. Menagem obrigatória resulta de disposição expressa na lei adjetiva penal militar, e é concedida ao insubmisso que se apresenta ou é capturado. A menagem facultativa é concedida pelo Juiz ou pelo Conselho, conforme o caso, nos crimes cujo máximo da pena privativa de liberdade não exceda a 4 anos, atendendo-se à natureza do crime e aos antecedentes do acusado, (art. 263 do CPPM).”

No que tange a natureza do delito imputado ao acusado, está ligado a quantidade da pena, abrangendo todos os delitos com pena igual ou inferior a quatro anos de privação da liberdade, inclusive as que o Código de Processo Penal Militar veda a liberdade provisória.

Quanto aos antecedentes do acusado, concordamos com o posicionamento de RONALDO JOÃO ROTH¹⁴, que para viabilizar a concessão da benesse, no Auto de Prisão em Flagrante Delito, recomendável que a autoridade militar deva anexar aos autos os antecedentes do acusado, redundando em maior celeridade para apreciação do pleito pela Justiça Militar.

¹³ Célio Lobão, “Direito Processual Penal Militar”, Ed. Método, São Paulo, 2009, págs. 328 e 329.

¹⁴ Ronaldo João Roth, “Direito Militar - Doutrina e Aplicações”, Ed. Elsevier, pág.743.

Em precedente também da Primeira Auditoria Militar, o MM. Juiz de Direito Dr. RONALDO JOÃO ROTH aplicou a menagem-prisão a uma guarnição policial envolvida na prática de homicídio culposo, por trinta dias, a qual mereceu discussão quanto ao **local de cumprimento do benefício** no TJMSP, Primeira Câmara, no *Habeas Corpus* nº 1768/04 – Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho, sendo ao final não conhecida a Ordem. Interessante nesse caso que Sua Excelência, o renomado Magistrado Roth, ao final dos trinta dias da **menagem-prisão**, transformou-a em **menagem-domicílio**, por mais trinta dias enquanto o Inquérito Policial Militar tramitava na caserna, em despacho datado do dia 23.06.2004 (autos do IPM nº 38.747/04).

Nesta esteira, RONALDO JOÃO ROTH, em recente palestra proferida na Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de Santo Amaro, no dia 01 de Março de 2012, apontou a necessidade do Comando da Polícia Militar estruturar suas Unidades para que o instituto da *menagem* pudesse ser aplicado com maior frequência, de maneira que o acusado, que preencha os requisitos, fique fora do cárcere à disposição do seu Comandante na Unidade Militar.

Merece destaque o prazo, que em se tratando de *menagem-prisão*, o prazo para o benefício deverá ser de 20 dias na hipótese do artigo 18, parágrafo único, do Código de Processo Penal Militar, e de 50 dias na vertente do artigo 390 do mesmo estatuto processual castrense. No caso de *menagem-liberdade*, sua existência está condicionada a necessidade do cumprimento das obrigações, durante o processo, até o momento em que persista o interesse da Justiça (parágrafo único do artigo 267 daquele *Codex*).

Conclusão

Como é cediço, com a promulgação da Carta da República de 1988, no Estado Democrático de Direito, aliado às Convenções das quais o Brasil é signatário, restou estabelecido que a liberdade é a regra, de sorte que a prisão é exceção, que somente poderá ser cerceada pela Justiça Castrense, com indícios de autoria e materialidade (artigos 254 e 255 do Código de Processo Penal Militar), desde que devidamente fundamentada a decisão, não bastando apenas a mera explicitação textual dos requisitos previstos no artigo 255 do mesmo *Codex*, sendo de fundamental importância a demonstração concreta, bem como a individualização dos requisitos demonstradores da necessidade da custódia cautelar.

Em que pese o rigor da legislação penal castrense, a própria jurisprudência do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo é clara e cristalina quanto a subordinação da Lei Processual à nossa Carta Magna, e com o esquecimento do legislador para com a Justiça Castrense, a cada dia podemos observar a necessidade da aplicação por analogia do Código de Processo Penal Comum nas decisões sobre a liberdade dos acusados, mesmo naqueles delitos em que o artigo 270 do CPPM, conforme recorrido, veda expressamente sua aplicação, medida esta que torna a incidência da referida legislação menos severa aos militares, ao se adotar uma hermenêutica constitucional.

E neste sentido a Justiça Castrense Bandeirante já sedimentou este entendimento em suas decisões, pautando-se pela aplicação da regra constitucional, tratando as exceções com o devido critério e observância aos requisitos ensejadores para a aplicação da medida extrema, com a exigida fundamentação idônea, a teor do artigo 93, IX, da Carta Política, demonstrando escorreito alinhamento com o entendimento das Cortes Superiores sobre o tema.

Não obstante, infelizmente, o instituto da *menagem* é ainda pouco conhecido pelos operadores do Direito, inclusive pelos Comandantes das diversas Unidades e Escalões da Polícia Militar, os quais, diante da ausência do domínio deste instituto e da ausência de pedidos para aplicação do mesmo, acabam fazendo com que os requerimentos de liberdade provisória, por parte da defesa, suprimam aquele benefício essencialmente militar, e cada vez mais se persevera a *menagem-liberdade*.

Outra vertente de fundamental importância, conforme bem asseverou o Juiz Roth da Primeira Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo, é a falta de estrutura dos quartéis para receber os menageados, no caso da *menagem-prisão*, o que é patente em nosso Estado, sendo descabido que aquele benefício seja cumprido no Presídio Militar “Romão Gomes” (PMRG).

Não podemos perder de vista que o instituto da *menagem* guarda estreita conformidade com os benefícios trazidos pela redação da Lei 12.403/2011, ou seja, evitar o recolhimento do acusado ao cárcere, cujo corolário, dada a evolução jurisprudencial do Tribunal Castrense Bandeirante, é de se ver intensificar o requerimento e a aplicação da concessão da *menagem ex officio*, em atenção aos ditames constitucionais, de modo a tratar referido instituto como um direito e garantia individual, paralelamente como é a fiança no Direito Processual Comum, e não somente uma benesse contida na norma.

É por isso que, rendendo homenagens ao Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, enaltecemos aquelas decisões que tem sido sensíveis à *garantia da liberdade*, reduzindo ou mesmo afastando os óbices do Código de Processo Penal Militar, de forma a conformar a aplicação daquela garantia em obediência aos ditames constitucionais, como é o caso da *liberdade provisória* e da *menagem*.

Referências Bibliográficas

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 1.001, de 21 de outubro de 1969. **Código Penal Militar**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 1.002, de 21 de outubro de 1969. **Código Processo Penal Militar**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009.

- BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. **Código Penal**. São Paulo Revista dos Tribunais, 2009.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, atualizado pela lei 10.628, de 24-12-2002 de 03 de outubro de 1941. **Código Processo Penal**. São Paulo Editora Saraiva, 2008.
- ROTH, Ronaldo João, in “**Temas de Direito Militar**”. Suprema Cultura. 1º edição.
- ROTH, Ronaldo João, in “**Direito Militar Doutrina e Aplicações**”. Campus Jurídico, 1º edição.
- LOBÃO, Célio, in “**Direito Processual Penal Militar**”. Editora Método.
- FREYESLEBEN, Márcio Luís Chila, in “**A Prisão Provisória no CPPM**”. Del Rey, 1997.

Justiça Militar

Direito de recorrer em liberdade

Robson Lemos Venâncio*

Introdução

A *liberdade* é um direito fundamental do cidadão, seja ele civil ou militar, assegurado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal e somente podendo ser restringido nas hipóteses taxativas do inciso LXI (“ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei”).

Assim, no Estado Democrático de Direito, ninguém será preso senão em virtude de decisão da autoridade judiciária competente e nas formalidades estabelecidas pela Lei Maior.

Nesse ambiente de legalidade, a inobservância do comando constitucional, irá permitir a utilização do remédio heroico, ou seja, o *habeas corpus* em favor do prejudicado.

Ocorre que ao lado da *liberdade* milita o princípio da *não-culpabilidade* ou da *presunção de inocência*, que implica que alguém somente pode ser considerado culpado após o trânsito em julgado de sentença condenatória (art. 5º, LVII, da CF).

Assim, se pensar na prisão de alguém durante o processo, enquanto tem o direito de recorrer da decisão condenatória pode, se não observada a justificativa adequada, violar o direito de liberdade, tornando-a ilegal.

Não há, assim, por mais que seja grave o crime, impor àquele que é processado como autor do fato, a permanência no cárcere, pois a regra é a liberdade, enquanto a prisão a exceção, em casos especialíssimos.

De *se afastar*, portanto, a *prisão obrigatória* em face da *gravidade do crime*, pois não é o legislador e sim o Juiz que deve aferir, no caso concreto, a necessidade da prisão e, neste caso, justificá-la com base empírica, com explicitação concreta, desde que a medida seja de ordem cautelar e instrumental.

Desse modo, a *limitação* e as *vedações* de liberdade provisória previstas no artigo 270 do Código de Processo Penal Militar, em face da gravidade das infrações penais elencadas pelo legislador, não foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, logo, nem durante o processo e muito menos diante de uma condenação dos tipos penais ali mencionados, pode haver a cassação da liberdade, como no caso de se vedar o direito do réu apelar em liberdade.

Ademais, vale aqui a lição de RONALDO JOÃO ROTH¹:

* Advogado militante na Justiça Militar do Estado de São Paulo.

¹ Ronaldo João Roth, “A Liberdade Provisória e a Menagem no Código Processual Penal Militar”, in “Direito Militar – Doutrina e Aplicações”, Coordenada por Dircêo Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Elsevier: Rio de Janeiro, 2001, pág. 760.

“Sob a ótica constitucional, ante os princípios da dignidade humana, do devido processo legal, do estado de inocência, e da garantia dos modos de prisão, da garantia do relaxamento da prisão ilegal, da garantia da liberdade provisória, do dever de motivação dos atos judiciais, não pode o legislador subtrair do Poder Judiciário o exame da necessidade de manutenção da prisão cautelar, sendo inconstitucional a vedação ex lege da liberdade provisória. E, quanto à vedação da liberdade provisória aos crimes militares, essa não foi recepcionada pela Constituição Federal.”

Vê-se que se alguém é preso em flagrante delito, caberá ao Juiz, ainda que exista proibição de liberdade provisória, por parte do Código de Processo Penal Militar, verificar se há justificativa para a manutenção daquela prisão, e não existindo justificativa deverá conceder a liberdade ao encarcerado.

O Codex Processual Castrense estabelece que se há prova do fato delituoso e indícios de autoria (art. 254), deve ser conjugado pelo menos uma das circunstâncias que autorizam do artigo 255:

- garantia da ordem pública;
- conveniência da instrução criminal;
- periculosidade do indiciado ou acusado;
- segurança da aplicação da lei penal militar;
- exigência da manutenção das normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares, quando ficarem ameaçados ou atingidos com a liberdade do indiciado ou acusado.

Diante disso, passemos a verificar como o direito de apelar em liberdade deve ser interpretado em face da Constituição Federal, garantindo-se, de um lado, o direito fundamental da liberdade, e, de outro lado, evitando-se a ilegalidade de seu cerceamento.

Desenvolvimento

Como vimos, a liberdade recebeu especial atenção na nova Ordem Constitucional, tendo o legislador constituinte dedicado a todos os brasileiros e aos estrangeiros residentes no país o direito a liberdade. Assim só poderá ser decretada a prisão desde que estejam presentes o requisitos legais e desde que fundamentada.

Sobre o tema, a segregação cautelar somente poderá ser decretada pela Autoridade Judiciária competente, porém, admi-se a medida cautelar como no caso da prisão em flagrante delito em decorrência do cometimento de crime militar ou também transgressão disciplinar (prisão administrativa) contidas no Regulamento Disciplinar.

Com a promulgação da Carta Republicana e com o advento da EC nº 45/2004, caberá ao Juiz de Direito que preside o Conselho Permanente de Justiça

destinado ao julgamento das Praças, ou ao Conselho Especial de Justiça, destinado ao julgamento dos Oficiais, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, ou mediante representação do presidente do inquérito policial militar, em qualquer fase deste ou do processo, decretar a prisão preventiva do militar, desde que presentes os requisitos autorizadores.

Nesse passo, tem-se que ao decretar a prisão preventiva do militar o Juiz de Direito ou Conselho de Justiça devem analisar se os requisitos estabelecidos nos artigos 254 e 255 do Código de Processo Penal Militar estão presentes, caso contrário, a prisão será ilegal.

No âmbito federal do Direito Penal Militar, o órgão competente para conhecer os pedidos de *Habeas Corpus* contra segregação cautelar decorrente de atos ilegais praticados por Juízes de Direito ou pelos Conselhos Permanentes ou Especiais de Justiça, é o Superior Tribunal Militar - STM, com jurisdição em todo o território nacional. Já na esfera estadual, nos Estados onde existem os Tribunais de Justiça Militar (*São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul*), essa competência pertence àquelas Cortes Especializadas, a teor do que preconiza o art. 125, § 4º, da Constituição Federal. Nos demais Estados da Federação, onde não existam as Cortes Castrenses, compete aos respectivos Tribunais de Justiça locais conhecerem do *Habeas Corpus* para fazer cessar o ato ilegal de encarceramento.

Em tema de liberdade, o militar possui igualdade de direitos em relação àqueles assegurados aos cidadãos civis, ou seja, lhe é garantido o direito pleno de ir e vir e somente poderá ter cerceada sua liberdade mediante decisão judicial fundamentada, conforme preconiza os ditames constitucionais.

Outra inovação importante contemplada na Lei Maior é *princípio da inocência* o qual assegura aos civis e militares, primários e possuidores de bons antecedentes, o direito de responder ao processo em liberdade, bem como o direito de recorrer em liberdade da decisão condenatória a pena privativa de liberdade, proferida pelos Conselhos de Justiça ou Juiz de Direito.

A dicção do art. 527 do CPPM, assim dispõe:

“O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se primário e de bons antecedentes, reconhecidas tais circunstâncias na sentença condenatória.”

Contudo, a *direito de apelar em liberdade* somente pode ser restringido pela *prisão cautelar*, não se justificando mais limitação da norma do artigo 527 do CPPM, sob pena de violação ao princípio da *não culpabilidade*.

Nesse sentido, o embate entre o princípio da presunção de inocência e a necessidade da prisão foi dirimido pelo **Superior Tribunal de Justiça** ao baixar a **Súmula 9**:

“A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência.”

Todavia, referida Súmula precisa ser interpretada diante dos princípios constitucionais já mencionados, os quais, sob o ensinamento de LUIZ FLÁVIO GOMES² deveria ser *revisada* ou *entendida* da seguinte forma:

“A exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência, desde que o juiz demonstre taxativamente os motivos fáticos e jurídicos que justifiquem a prisão ‘ante tempus’.”

Nessa esteira de raciocínio, oportuno trazer as lúcidas palavras do Insigne Mestre LUIZ FLÁVIO GOMES: *“O art. 527 do CPPM tem redação muito parecida com o art. 594 do CPP. Diz aquele dispositivo : ‘O réu não poderá apelar sem recolher-se à prisão, salvo se primário e de bons antecedentes, reconhecidas tais circunstâncias na sentença condenatória.’ Segundo a tese que compartilhamos, esse art. 527 está revogado, isto é, não foi recepcionado pela ordem constitucional de 88. E se tivesse sido recepcionado, agora estaria revogado pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, 2, h)”*.

Veja, que mesmo na hipótese de um militar, com maus antecedentes e que já tenha perdido a primariedade em razão de uma condenação anterior na Justiça Comum, caso venha a ser condenado perante a Justiça Militar, ainda assim poderá o mesmo apelar em liberdade, sem necessidade, portanto, da segregação cautelar. Este é o entendimento já sedimentado pelo E. *Superior Tribunal de Justiça*, conforme decisão proferida em sede do HC nº 2002.01.033727-0/RS, que no aresto proferido a unanimidade de votos concedeu a ordem de liberdade para apelar, da relatoria do Eminentíssimo Ministro **Flávio Flores da Cunha Bierrenbach**, cujo voto merece transcrição:

“Os maus antecedentes e a perda da primariedade dos Pacientes não são elementos suficientes para negar-lhes o direito de apelar em liberdade, por afrontar o princípio de não-culpabilidade. A prisão processual, recepcionada pela ordem constitucional vigente exige a demonstração de sua necessidade, sendo que singela referência à perda de primariedade e maus antecedentes não satisfazem o requisito de sua validade. Os pacientes, ademais, responderam ao processo em liberdade, nada ocorrendo que justifique o decreto de prisão”.

Assim, seguramente, pode-se afirmar que somente em casos excepcionais o Juiz de Direito ou os Conselhos de Justiça podem restringir a liberdade do militar, para apelar, mediante decisão fundamentada e desde que demonstrada, taxativamente, os motivos fáticos e jurídicos, convincentes, que justifiquem a sua prisão. Caso contrário, a segregação cautelar será ilegal.

² Gomes, Luiz Flávio, *Direito de Apelar em Liberdade - Conforme a Constituição Federal e a Convenção Americana de Direitos Humanos*. São Paulo : Editora Revistas dos Tribunais, 1994, p. 57.

Por outro lado, surgem situações que, no caso concreto, automaticamente se contrapõem à restrição do direito de apelar em liberdade, como no caso do réu que respondeu, a todo processo, em liberdade. Assim, já decidiu o E. *Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo*:

TJMSP: “Réus que aguardaram todo o julgamento de primeira instância em liberdade, sem qualquer iniciativa ministerial em sentido contrário, não podem ter sua liberdade individual surrupiada, com a decretação de suas prisões preventivas antes do trânsito em julgado da condenação” (TJMSP – 1ª Câmara – Mandado de Segurança nº 0328/03 – Rel. Juiz Cel Ubirajara Almeida Gaspar – un. – J. 11/05/04)

Outra situação que não sustenta a restrição do direito de apelar em liberdade ocorre no caso do réu que responda o processo preso, todavia, venha ser condenado a pena que lhe garanta o cumprimento dela em regime prisional aberto. Nesse sentido, já decidiu o E. *Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo*:

TJMSP: “Descabimento da manutenção da custódia para aguardo da decisão em grau recursal, vez que o regime aberto imposto na sentença condenatória revela a inexistência de elementos justificadores da cautelar.” (TJMSP – 1ª Câmara – Habeas Corpus nº 1897/06 – Rel. Juiz Paulo Prazak – un. – J. 06/06/06).

Também incabível a limitação do direito de apelar em liberdade do réu que, embora respondendo o processo preso, já tenha cumprido boa parte da pena, de forma a tornar a continuidade da manutenção da prisão quando do julgamento, em antecipação da pena definitiva, situação essa que impõe a concessão daquele direito.

Conclusão

O direito de apelar em liberdade nada mais é do que o próprio direito de liberdade de ir e vir daquele que venha a ser condenado após o *due process of law*.

Por ser esse direito uma garantia processual, limita-se, assim como o direito de liberdade do cidadão, às hipóteses constitucionais de restrição da liberdade, em especial, aquela consubstanciada na decretação da prisão preventiva.

No Estado Democrático de Direito, não há de se falar, assim, em prisão obrigatória, nem do cerceamento de liberdade provisória *ex lege*.

A limitação do direito de apelar em liberdade somente pode ocorrer quando seja necessária a prisão, ensejando o decreto da autoridade judiciária competente, devidamente fundamentado.

Também não há de se falar em limitação do direito de apelar em liberdade se o réu respondeu o processo em liberdade, nem há de se cogitar daquela restrição se inexistir circunstância que justifique a prisão preventiva, ou ainda, que estando preso

o réu durante o processo, tenha cumprido parte considerável da pena que inviabilize a sua manutenção da prisão, sob pena de tornar-se aquele estado na antecipação da consecução da pena definitiva.

A *liberdade*, em nosso ordenamento jurídico, é a *regra*, ao passo que a prisão é a *exceção*, de forma que no processo penal militar deve o Juiz garantir aquela e somente em situações concretamente justificadas poderá restringir esse direito fundamental, devendo ser afastada a premissa de que a prisão no âmbito da Justiça Militar é a regra ante a manutenção da disciplina, pois o Juiz é o garantidor da liberdade.

Da natureza militar dos crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militar e da competência do arquivamento do respectivo IPM

Sylvia Helena Ono*

Introdução

Apesar de a Justiça Especializada Castrense ser a mais antiga do país (data de 1808 com a vinda da Família Real ao Brasil), a verdade é que ela ainda é uma ilustre desconhecida por muitos operadores do Direito e até mesmo de nossos legisladores. Os atuais Código Penal Militar (CPM) e Código de Processo Penal Militar (CPPM), datam de 1969 e até a presente data sofreram pequenas modificações pontuais. Uma delas, considerada a mais significativa e que constitui o foco do presente artigo, diz respeito ao *deslocamento da competência para processo e julgamento dos crimes dolosos contra vida de civil praticados por militares*. Tal alteração foi perpetrada, inicialmente, com o advento da **Lei 9.299 de 07 de agosto de 1996**, posteriormente constitucionalizada pela **Emenda Constitucional nº 45 de 08 de dezembro de 2004**.

O que diferencia a Justiça Penal comum da Justiça Penal Militar, é que nesta última, que é uma Justiça Especializada, há uma especificidade de legislação e de seus jurisdicionados. Ou seja, enquanto a primeira julga os cidadãos civis comuns sob a égide do Código Penal comum, a segunda tutela os atos ilícitos praticados por militares sob a luz do CPM e CPPM, ambos alicerçados pelos princípios basilares da hierarquia e disciplina, de forma a garantir a atuação da Justiça Castrense como Juízo natural frente aos tipos penais militares.

Em passado não muito distante, emblemáticas ocorrências policiais de repercussão nacional¹ comoveram entidades de defesa dos direitos humanos as quais pressionaram o legislativo a operar mudanças na legislação castrense sob a equivocada alegação de cometimento de abusos por parte de policiais militares e pelo errante argumento de impunidade porquanto julgados por seus pares com espírito de corporativismo. Ledo engano!

Daí surgiu a Lei 9.299/96. Contudo, face aos **propósitos políticos que sobrepujavam os propósitos jurídicos**, a referida Lei 9.299/96 foi sancionada e promulgada a “*toque de caixa*” como forma de resposta imediata às pressões da mídia, não obstante as escandalosas **deficiências técnicas legislativas insanáveis** daquela lei.

Impulsionado pela pressão daquelas entidades e inspirados pelo poder da mídia que tendenciosamente colocavam em “xeque” a isenção do julgamento de

* Advogada militante na Justiça Militar do Estado de São Paulo, Especialista em Direito Militar pela Escola Paulista de Direito - EPD, Especialista em Direito Penal pela Escola Superior do Ministério Público de São Paulo.

¹ Os famosos casos do Carandiru, da Candelária, Vigário Geral, Favela Naval, Eldorado dos Carajás.

policiais militares pela Justiça Castrense, o Poder Legislativo, com pouca técnica de redação, editou a Lei 9.299/96 prevendo o deslocamento, para o tradicional Júri Popular, da competência do processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civil praticado por militares.

Maior prova de que a improcedente presunção do legislador foi a impunidade por suposto corporativismo, é que a alteração dessa competência se operou somente no âmbito da Justiça Militar Estadual (JME), aplicáveis, portanto, aos milicianos das Polícias Militares Estaduais, permanecendo incólume a competência da Justiça Militar da União (JMU) para julgar os membros das Forças Armadas quando do cometimento do crime de mesma natureza (doloso contra vida de civil), primeiro, por conta do imediato reconhecimento da sua inconstitucionalidade pelo *Superior Tribunal Militar*² através do Recurso Inominado 1996.01.6348-5/PE, e segundo, em razão da EC nº 45/2004 ter constitucionalizado a norma do deslocamento da competência desses crimes somente no âmbito da JME.

Assim, ratificando a falsa presunção de impunidade por corporativismo, por parte do legislador, quando da constitucionalização da referida norma, a EC nº 45/2004 levou a efeito o deslocamento da competência **apenas e tão somente no âmbito da Justiça Militar Estadual (JME)**.

A Lei 9.299/96 deu nova redação à alínea “c”, do inciso II, do artigo 9º do CPM, revogou a alínea “f” do aludido inciso, e ainda acrescentou um parágrafo único naquele dispositivo, *in verbis*:

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;

...

f) revogada.

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 da ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro da Aeronáutica. (g.n.)

Se por um lado, a referida alteração legislativa foi salutar ao inserir no art. 9º a situação do militar que cometer crime *atuando em razão da função*, definindo,

² O STM declarou a inconstitucionalidade da Lei 9.299/96 de forma incidental – Recurso Inominado 1996.01.6348-5/PE – j. em 12.11.1996 – Rel. Min. José Sampaio Maia.

portanto, que também é crime militar aquele que, embora de folga e civilmente trajado, age em razão da função, por outro lado, o legislador foi extremamente atécnico ao prever o deslocamento da competência, para a justiça comum, dos crimes militares dolosos contra vida de civil, porquanto ter disciplinado, indevidamente, matéria constitucional afeta à Lei Maior.

Seguramente, as imperfeições técnicas não passaram despercebidas das autoridades dos Poderes Executivo e Legislativo. Prova disso é que **13 dias** após a promulgação da Lei 9.299/96, uma nova proposta (Projeto de Lei 2.314/96) foi encaminhada ao Congresso Nacional **objetivando alterar a malsinada lei**, para, **expressamente**, consignar a **natureza comum** do crime de homicídio doloso contra civil praticado por militar.³

Diante disso, o próprio Ministro de Estado da Justiça, à época, Nelson Jobim, ao encaminhar o aludido Projeto de Lei **substitutivo** da Lei 9.299/96, *admitiu que o crime doloso contra a vida de civil praticado por policial militar, em serviço, é crime militar.*

Frente a esses fatos, CELSO CELIDÔNIO, MM. Juiz Auditor da JMU de Santa Maria/RS, bem abordou a situação criada pela Lei 9.299/96⁴:

Em 1996, a Lei nº 9.299 criaria um, data venia, "monstro jurídico", baseada no clamor popular criado a partir da insistência da mídia nacional e internacional, face a sequência de fatos envolvendo violência policial contra civis, com vários homicídios, como dos casos "Carandiru", "Eldorado dos Carajás", "Candelária", "Vigário Geral" e "Favela Naval", entre outros. Tal insistência da imprensa criou um clima de impunidade referente às Justiças Militares Estaduais, acusadas de corporativismo.

...

Certo é que a referida e famigerada Lei nº 9.299/96 pretendia, tão somente, alterar a competência das Justiças Militares Estaduais, o que não lhe emprestaria constitucionalidade, mas acabou, por erro de abrangência, tentando alterar a competência da Justiça Militar da União também. O erro era tão claro que, imediatamente, o Exmo. Sr. Ministro de Estado da Justiça, à época, Dr. Nelson Jobim, enviou ao Exmo. Sr. Presidente da República a Exposição de Motivos nº 475/96, geradora da Mensagem ao Congresso Nacional nº 779/96, contendo projeto de lei que corrigia, confessadamente, os erros claríssimos da Lei nº 9.299/96. A simples leitura da exposição de motivos, verdadeiro

³ **Projeto de Lei 2.314/96** - Explicação da Ementa: estabelecendo que não constituem crimes militares o homicídio e a lesão corporal cometidos contra civil por oficiais e praças das policias militares e dos corpos de bombeiros militares dos estados e do DF, no exercício de função de policiamento. Extraído do site: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=17941>, acesso em 23.04.12.

⁴ Celso Celidônio, "O parágrafo único do art. 9º do CPM, aplicação e efeitos", Revista CEJ, Brasília, nº 35, pag. 8/11, out/dez/2006.

"mea culpa", deixava clara a confusão e o real objetivo daquela lei anterior, desvirtuada pelos erros materiais. (g.n.)

Tudo isso resultou num Projeto de Lei 2.314/96 que, como sempre ocorre quando não há maiores interesses de aprovação, "mofou" no Congresso por longos anos.

Apenas a guisa de constatação, vale a pena transcrever a “**Exposição de Motivos nº 475/96**”⁵ da lavra do então Ministro de Estado da Justiça, *Nelson Jobim*:

Excelentíssimo Senhor Presidente da República,

"Submeto à consideração de Vossa Excelência o anexo Projeto de Lei que altera dispositivo dos Decretos-Leis 1001 e 1002 de 21 de outubro de 1969, Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar, respectivamente. 2 - A Comissão parlamentar de Inquérito encarregada de investigar homicídios cometidos contra crianças e adolescentes no País trouxe à tona um tema que já vem recebendo atenção dos membros do Congresso Nacional há alguns anos: a crescente incidência de crimes praticados por policiais militares contra civis no exercício de função de policiamento.

3 -Tal fato, que decorre da crença da impunidade oriunda da sujeição desses infratores o foro especial militar, estava a exigir urgente reformulação das leis substantiva e processual militares, de sorte a atribuir à Justiça Comum o processo e julgamento de crimes dessa natureza.

4 -Em razão disso é que se fez editar a recente Lei nº 9.299, de 7 de agosto de 1996, oriunda do Projeto de Lei nº 2.801, de 1992, que nasceu de proposta da referida Comissão Parlamentar de Inquérito.

5 -Convém esclarecer que, muito embora o projeto de lei acima referido estivesse eivado de imperfeições redacionais que, por si só, ensejariam seu desacolhimento, o fim por ela visado não permitiu que o Poder Executivo postergasse a solução desse problema, com o veto ao Projeto de Lei nº 2.801, de 1992, para o subsequente encaminhamento de outra propositura legislativa.

6 -Por motivo, optou por apresentar projeto de lei corrigindo as inadequações tão logo entrassem em vigor as novas regras do Código Penal e de Processual Penal Militares.

7 -Assim, o projeto de lei que ora encaminho a Vossa Excelência objetiva, em suma, corrigir defeitos evidentes da Lei nº 9.299, de 1996, os quais passarei, de maneira breve, a apontar.

8 -O teor do parágrafo único acrescido ao art. 9º do Código Penal

⁵ **Mensagem 779, de 1996**, do Presidente da República aos Membros do Congresso Nacional, encaminhando o texto de **Projeto de Lei 2.314/96**, acompanhado da **Exposição de Motivos do Senhor Ministro de Estado da Justiça**, visando alterar dispositivo do CPM e CPPM, publicada no Diário da Câmara dos Deputados, em 03 de setembro de 1996, pág. 24545.

Militar causa espécie ao leitor. Por essa norma, compete à Justiça Comum o processo e julgamento de crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militar, delito esse militar, já que se insere esse parágrafo no bojo de artigo que assim considera determinadas condutas. 9 -Ora, a Constituição Federal é de clareza cristalina: compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei, nos termos de seu art. 124.

10 -Como admitir-se, então, a nova lei, se a inconstitucionalidade é um vício insanável?

11 -Ter-se-á que se socorrer o intérprete de regras de hermenêutica para afastar esse vício. E aí encontrará o fato de ser permitido à lei ordinária proceder a conceituação de crime militar, tendo sido suficiente, pois, que, para atingir, com acerto, seu desiderato, o legislador excluísse os crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militar de conceito de crime militar, sem qualquer referência à Justiça Comum, porque a ela passará automaticamente a competência do processo e julgamento do crime que não mais integra o conceito de crime militar.

*12 - Além do mais, não foi prudente a lei, ao fixar a competência do Juízo em razão do elemento subjetivo da conduta, até mesmo porque, não se define de modo claro qual o momento processual em que isso ocorrerá e a quem caberá decidir sobre essa questão. Pela redação do § 2º do art. 82 do Código de Processo Penal Militar, **pressupõe-se, inclusive, um pré-julgamento na fase do inquérito, o que poderá acarretar insegurança jurídica.***

13 -Acrescentem-se ainda, as consequências negativas que advirão da sentença que declarar ter o agente praticado o crime com culpa e, em decorrência disso, demonstrar a incompetência do Juízo.

14 - Não se pode esquecer, também, que o legislador não foi feliz ao retirar da competência da Justiça Militar apenas os crimes dolosos contra a vida de civil praticados por policiais militares, deixando de atribuir-lhe o processo e julgamento de outros delitos contra a pessoa, de similar gravidade e que acontecem com igual frequência, a exemplo do crime de lesões corporais.

15 - Fica evidente, então, que a nova lei se afastou do que originalmente se pretendia minorar: a violência contra o cidadão, não só aquela que conduz à morte, mas, também, aquela que lhe ofende a integridade corporal. Assim, além de conter inúmeras impropriedades redacionais, que poderão onerar o Poder Judiciário com conflitos de competência, a norma jurídica vigente tem campo de aplicação restrito: apenas os crimes dolosos contra a vida de civil cometidos por militares, o que o presente projeto de lei pretende corrigir.” (g.n.)

Respeitosamente.

NELSON A. JOBIM

Ministro da Justiça

Já na introdução do presente trabalho podemos concluir, portanto, que o crime disciplinado pela Lei 9.299/96 é um **crime militar** e não crime comum, de conhecimento da JME, cabendo sua respectiva investigação à Polícia Judiciária Militar (PJM), nos termos dos artigos 125, § 4º c/c art. 144, § 4º, ambos da Constituição Federal.

Situação essa que a EC nº 45/2004, de maneira definitiva, estabeleceu que a competência judicial para processar e julgar o crime doloso contra a vida de civil praticado por policial militar é da Vara do Júri, **mas nem por isso lhe retirou a qualificação de crime militar**, e tampouco subtraiu da PJM a competência para a investigação daquele crime.

Conforme se verificará adiante, através dos sólidos argumentos doutrinários e jurisprudenciais, a Lei 9.299/96 cometeu uma série de impropriedades jurídicas, causando enormes celeumas que culminaram num sem número de demandas perante os Tribunais Superiores. **Contudo, a natureza militar do crime doloso contra a vida de civil restou incólume.**

Como bem asseverou o eminente Promotor de Justiça Militar do Estado de São Paulo, EDSON CORREA BATISTA⁶, “*A malfadada lei alterou a competência de julgamento dos crimes militares dolosos contra a vida de civis que, constitucionalmente, era conferida às Justiças Militares, menoscabando o princípio do juiz natural.*”

Além disso, a redação do novo parágrafo único do art. 9º do CPM não especificou se o crime doloso cometido contra a vida de civil seria capitulado no Código Penal comum ou no Código Penal Militar, criando a esdrúxula hipótese de a Justiça Comum processar e julgar crimes impropriamente militares, em verdadeira subversão ao ordenamento constitucional e a legislação processual penal.

Nesse compasso, WALDIR CALCIOLARI⁷, em interessante análise, assim se pronunciou:

“...para que a lei se tornasse aplicável, ao menos na órbita da Justiça Militar Estadual, o operador do direito foi obrigado a fazer “malabarismos jurídicos”, caso contrário, forçoso seria o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma norma consistente em Lei Ordinária, a qual impôs que um crime, militar em essência, passasse a ser julgado e processado pela Justiça Comum, mudança somente factível, como já dito, por emenda à Constituição”.

Contudo, após oito anos de celeuma nesta matéria, a **EC nº 45, de 08 de dezembro de 2004**, alterando a redação do art. 125, § 4º, da Constituição Federal,

⁶ Edson Correa Batista, “O arquivamento do inquérito policial militar nos casos de crimes dolosos contra a vida praticados contra civil em face do reconhecimento de uma causa de exclusão da ilicitude”, Revista DIREITO MILITAR, AMAJME, nº 91, setembro/outubro de 2011, págs. 36/40.

⁷ Waldir Calciolari, “Dos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares”, do Livro “Caderno Jurídico Direito Penal Militar e Processual Penal Militar” da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, Ano 3, Vol. 6, nº 3, julho/dezembro 2004. Pág. 174.

constitucionalizou a competência do Júri Popular para processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militares.

Assim, de 1996, quando do advento da Lei 9.299, até 2004, quando promulgada a EC nº 45/2004, os operadores do direito, no âmbito estadual, atuaram numa verdadeira zona cinzenta do processo penal, vez que, não obstante a inconstitucionalidade da Lei Ordinária 9.299/96, maciçamente sustentada pela melhor doutrina, **somente na esfera federal a famigerada lei foi declarada inconstitucional pelo Superior Tribunal Militar**. Desta forma, enquanto na Justiça Militar Estadual (JME) a Lei 9.299/96 era pacificamente aplicada com a aquiescência dos Tribunais Superiores, na Justiça Militar da União (JMU) a citada lei jamais foi aplicada aos membros das Forças Armadas em razão da declaração da sua inconstitucionalidade, como se disse.

Nesse sentido, foi com muita propriedade que o festejado jurista JORGE CÉSAR DE ASSIS⁸ afirmou:

"O período compreendido entre a edição da Lei 9.299 de 07.08.1996, até a edição da Emenda Constitucional 45, de 08.12.2004, reflete uma situação legal inusitada, caracteriza pelo fato de uma lei ser considerada – ao mesmo tempo – inconstitucional pela Justiça Militar da União e constitucional pela Justiça Militar Estadual, anote-se, sem que o texto da norma fizesse ou sugerisse qualquer distinção nesse sentido."

Ocorre, que mesmo tal alteração de competência ter sido elevada a categoria constitucional pela EC nº 45/2004, dissipando a tese da inconstitucionalidade da malfada Lei 9.299/96, **outros relevantes aspectos penais e processuais remanesceram**, ainda gerando enormes conflitos de interpretação doutrinária e jurisprudencial. Esses conflitos dizem respeito à preservação da **natureza militar** do crime doloso contra a vida de civil praticado por militar e, à **competência inicial para formação da *opinio delicti*** e das várias hipóteses que poderão advir dessa primeira análise, como por exemplo, a patente constatação de inexistência de crime, ou de crime impossível, ou de uma exclusão de ilicitude, ou, ainda, da verificação de se tratar de crime culposos, motivos pelos quais não se justificaria o encaminhamento dos autos do Inquérito Policial Militar (IPM) à Justiça Comum.

Assim, este desprezioso trabalho tem por objetivo destacar os argumentos da melhor doutrina e jurisprudência pátrias, face ao embate instalado entre a *Justiça Especializada Castrense* e a *Justiça Comum* no tocante à **manutenção da natureza militar** dos crimes dolosos contra a vida civil praticado por militar, bem como quem detém a **competência para o arquivamento** do respectivo IPM envolvendo esses crimes.

⁸ Jorge César de Assis, "Direito Militar – Aspectos Penais, Processuais penais e Administrativos", 2ª Ed., Ed. Juruá, Curitiba, 2008, pág. 157.

Desenvolvimento

Em que pese a constitucionalização da previsão de competência para processo e julgamento dos crimes dolosos contra a vida civil praticado por militar, entende a melhor doutrina que a ressalva constitucional do deslocamento dessa competência para o Tribunal do Júri **não desnaturou o crime militar de homicídio doloso contra civil**. Vale dizer, essa previsão constitucional não caracterizou a denominada *circunstância exclusória da natureza militar* do crime doloso de homicídio.

Nesse raciocínio, bem asseverou JORGE CÉSAR DE ASSIS: “*Não se pode dizer que a Lei 9.299/96 revogou o crime militar doloso contra a vida, fosse essa a intenção do legislador, melhor teria sido simplesmente retirar o art. 205 do CPM. Por isso, ela não é exclusória da condição militar do crime de homicídio doloso.*”

Objetivando demonstrar a preservação da natureza militar especificamente do homicídio doloso contra civil praticado por militar, necessário algumas breves considerações teóricas acerca do assunto.

Considerando que o crime de homicídio doloso previsto no art. 205 do CPM é igualmente definido no art. 121 do CP comum, diz-se tratar de *crime impropriamente militar*, porém, inequivocamente militar, regido pelo CPM, quando sua ocorrência se subsume à **uma das hipóteses do art. 9º, inciso II**, daquele *Codex*.

É cediço que para se estabelecer a competência da Justiça Militar em detrimento da Justiça Comum, numa conduta tida como criminosa praticada por um militar, há de se fazer a conjugação da *tipificação específica* com a *tipificação complementar*, isto é, há de haver uma subsunção da conduta do agente militar ao fato típico previsto na Parte Especial do Código Penal Castrense a uma das circunstâncias do artigo 9º, inciso II, da Parte Geral do CPM, sob pena de não se caracterizar o crime militar, restando estabelecida a competência da Justiça Comum.

Pois bem, a despeito do deslocamento da competência para o Júri Popular processar e julgar os homicídios contra civil cometidos por militar, notadamente aqueles perpetrados em ocorrência policial (*em serviço*) ou aqueles ocorridos no horário de folga e estando o militar à paisana (*atuando em razão da função*) **é de se concluir que o delito é de natureza militar, porquanto a conduta se subsume ao tipo penal previsto no art. 205 e ao art. 9º, inciso II, alínea “c”, ambos do CPM**.

Nota-se, portanto, que a previsão constitucional do art. 125, § 4º, da Carta Magna tratou somente da questão processual de competência para julgamento, não desfigurando o caráter militar do delito de homicídio doloso contra civil.

Nesse sentido, oportuno trazer à colação, a lição do MM. Juiz de Direito Militar, da 1ª AJM-SP, RONALDO JOÃO ROTH⁹:

“Por isso, esse deslocamento de competência disciplinado pela EC nº 45/2004, estabelecendo a competência da Justiça Militar estadual

⁹ Ronaldo João Roth, “O Princípio Constitucional do Juiz natural, a Justiça Militar Estadual, a Polícia Judiciária Militar e a Lei nº 9.299/1996”, do Livro “Direito Militar – Doutrinas e Aplicações”, Coordenada por Dirceô Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Elsevier, Rio de Janeiro, 2011, pág. 954.

para conhecer dos crimes militares estaduais, excepcionando-se a competência do Júri, nos crimes dolosos contra a vida praticados por militares estaduais (art. 125, § 4º, da CF), reforçou a conclusão de que a natureza daquele crime é militar. Dessa regra, apenas foi transmutada a competência para o seu processamento e julgamento para o Júri, pois aqueles crimes, como o caso do homicídio doloso, continuam sendo crimes militares, porquanto estes são definidos em lei (arts. 124 e 125, § 4º, da CF), ou seja, o CPM." (g.n.)

Aliás, crucial trazer à baila recente julgado do Pleno do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, na **ADIn nº 001/10**, Relator Juiz Paulo Adib Casseb, referendando o entendimento de se tratar de crime militar o homicídio contra a vida de civil praticado por policial militar, cuja ementa segue abaixo transcrita:

"POLICIAL MILITAR – Conteúdo normativo da Resolução SSP 110, de 19.07.10 reconhecido – Observância da reserva de plenário nos termos do art. 97, da Constituição Federal – A Lei 9.299/96 e a EC nº 45/04 apenas deslocaram a competência para o Júri, para processar e julgar crimes militares dolosos contra a vida, com vítimas civis – Manutenção da natureza de crime militar (art. 9º, CPM) impõe a aplicação do § 4º, do art. 144, do CPM – Competência exclusiva da polícia judiciária militar para a condução da investigação – Inconstitucionalidade reconhecida da Resolução SSP 110, de 19.07.10 – Decisão unânime." (g.n.)

Relevante essa histórica decisão proferida na ADIn nº 001/10 do Pleno do TJMS, porquanto ter sabiamente reconhecido a inconstitucionalidade da Resolução SSP-110/10 que vedava a instauração de IPM contra policiais militares que cometessem crimes de homicídio doloso contra civil e determinava que a investigação desses delitos fosse levada a efeito **exclusivamente** por meio de inquérito policial da **Polícia Civil**, sob a errônea premissa de que o crime era comum.

Não bastassem os argumentos já esposados, reforça-se esse raciocínio na dicção do **parágrafo único do art. 9º do CPM**, cuja redação foi acrescentada pela Lei 9.299/96, que assim dispôs:

“Art. 9º - . . .

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

Se fracionarmos as orações contidas na aludida frase, vemos que o próprio legislador **não desnaturou** o crime como militar ao afirmar: **“os crimes de que trata este artigo...”**, não deixando dúvidas de que o crime é militar, pois o artigo 9º trata exclusivamente das circunstâncias em que se configura o crime militar como

tipificação complementar; “...quando dolosos contra a vida...”, elencando o crime específico de homicídio doloso; “...serão da competência da justiça comum...” transferindo *apenas a competência* para a justiça comum.

Ora, quisesse o legislador excluir o homicídio doloso do rol dos crimes militares, teria feito isso expressamente, **mas não o fez**. A esse propósito, como já mencionado alhures, o então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, bem que tentou através do Projeto de Lei 2.314/96, porém, sem sucesso!

Acrescente-se, ainda, o disposto no **§ 2º do art. 82 do Código de Processo Penal**, parágrafo esse incluído no citado dispositivo também pela Lei 9.299/96, corroborando, mais uma vez, o entendimento de que o legislador não excluiu o homicídio doloso contra civil do rol de crime militar:

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:

...

Extensão do foro militar

...

§ 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)

Veja que o § 2º foi incluído no art. 82 sob o *nomen iuris* “**extensão do foro militar**”, prevendo, na redação do parágrafo, *que a Justiça Militar encaminhará os autos do IPM à justiça comum*, deixando claro e evidente que a competência para a investigação do crime doloso contra civil é da Polícia Judiciária Militar, o qual, conjugado com o § 4º do art. 144 da CF, se conclui que o **crime de homicídio doloso contra civil é crime militar**, já que este último dispositivo prevê a competência da polícia civil somente a apuração das infrações penais de natureza comum, excetuando as de natureza militar. Se o legislador expressamente **estendeu o foro militar** do crime doloso contra vida de civil até à remessa do IPM à Justiça Militar, significa que o mesmo **os considerou de natureza militar**, já que compete ao PJM instaurar IPM somente nos crimes de natureza militar.

Seguindo o mesmo raciocínio exarado acima quanto ao parágrafo único do art. 9º do CPM, tivesse o legislador excluído expressamente o homicídio doloso contra civil do rol dos crimes militares, teria o mesmo previsto que tais delitos seriam investigados pela polícia judiciária comum. Ao revés, expressamente o legislador determinou que, **compete à PJM**, a respectiva investigação, **porquanto ter mantido a natureza militar do referido ilícito penal**.

Assim, destacadas essas relevantes premissas legais, difícil se torna acatar entendimento contrário no sentido de que, a despeito do deslocamento da competência para o Júri Popular julgar, tenha sido expurgada a natureza militar do delito de homicídio doloso contra civil praticado por militar. Como se constata, ao transferir a competência do julgamento para o Tribunal do Júri, **o legislador preservou a natureza militar do delito e definiu como juízo natural, na fase pré-processual, a Justiça Militar**.

Aliás, o incansável estudioso do Direito Militar e notável jurista RONALDO JOAO ROTH¹⁰, brilhantemente tratou dessa matéria, cujo trecho é digno de transcrever:

*"A Emenda Constitucional (EC) n° 45/04, ao alterar a redação do § 4° do artigo 125 da Constituição Federal de 1988, constitucionalizou a regra da Lei 9.299/96, ao estabelecer o deslocamento da competência do processo e do julgamento do crime militar ao Júri, porém, **não desnaturou o crime militar**, mas apenas instituiu qual o Órgão do Poder Judiciário é o Juiz Natural nessa causa. (ROTH, 2006, p. 454).*

...

Portanto, a disciplina da Lei 9.299/96 nada mais fez do que definir o juízo natural, na fase pré-processual, à Justiça Militar, a qual irá garantir esse rol de direitos constitucionais do preso em flagrante delito.

*Por outro lado, ainda que não esteja preso o sujeito ativo do crime, mas estando ele envolvido na investigação criminal do fato, todos os incidentes e **medidas assecuratórias e/ou cautelares decorrentes do IPM serão objeto de apreciação judicial pela Justiça Militar**, tais qual: a) a discussão da legalidade da investigação, por meio de Habeas Corpus; b) a decretação da prisão cautelar (temporária, preventiva etc)¹¹⁻¹²⁻¹³; c) o sequestro dos bens do indiciado; d) o cumprimento de mandado de busca e apreensão na residência; e) a liberação de objetos apreendidos; e) a quebra de sigilo telefônico, bancário, fiscal, dentre outras.*

Veja que essas medidas cautelares estão vinculadas ao andamento das investigações, logo, devem ser resolvidas pela Justiça Militar para ulatimação destas, como Juiz Natural que é, antes do envio dos autos à Justiça Comum, ou mais especificamente ao Júri, porquanto o objeto

¹⁰ Ronaldo João Roth, Op. cit, pág. 955.

¹¹ TJMSP, 2ª Câmara, HC n° 1817/05, Rel. Juiz Cel PM Costa Ramos, un., J.19.05.05: "Ainda que a competência para o julgamento do fato seja da Justiça Comum, o Inquérito Policial Militar somente deverá ser remetido após sua conclusão. **Prisão temporária** - devidamente fundamentada na legislação vigente - é instrumento eficaz para a realização da Justiça e, por si só, não torna ninguém culpado. Não caracterizado constrangimento ilegal ou abuso de poder".

¹² TJMSP, 2ª Câmara, HC n° 2104/09, Rel. Orlando Geraldi, un., J. 4.6.09: "A Justiça Militar é competente para decretar **prisão temporária** nos crimes dolosos praticados contra a vida de civil, enquanto não encerrado o inquérito policial militar."

¹³ TJMSP, 2ª Câmara, HC n° 2029/08, Rel. Juiz Paulo Prazak, un., J.4.09.08: "Embora seja da Justiça Comum a competência para julgar os crimes **dolosos** contra a vida praticados por militar contra civil, inexistente ilegalidade no decreto de prisão provisória do Magistrado desta Especializada que visa garantir o bom êxito da conclusão do Inquérito Policial Militar. Demonstrada a imprescindibilidade da medida extrema, decretada com devida fundamentação, resta afastada a presença de avertado constrangimento ilegal ou abuso de poder".

da referida Lei, hoje contemplado no Texto Constitucional, ressalva os crimes militares dolosos praticados contra civil (Lei 9.299/96 c.c. art. 125, § 4º, da CF).

...

Desse modo, veja que a atuação da Justiça Militar estadual no decorrer do IPM é ampla e inequívoca, e, no crime militar de homicídio doloso praticado contra civil, cabe-lhe aferir, após o requerimento do Ministério Público, o momento de envio dos autos daquela investigação à Justiça Comum (art. 82, § 2º, do CPPM, por força da Lei 9.299/96), momento esse que ocorre após a conclusão do IPM.

Portanto, a Lei 9.299/96 estabeleceu o Juízo natural para resolver as questões decorrentes do IPM, fixando, todavia, o Juízo natural com competência para o processamento e julgamento do crime doloso contra a vida de civil, perante o Júri, regra essa constitucionalizada na dicção do artigo 125, § 4º, da CF/88, por força da EC nº 45/04.

...

A finalidade da Lei 9.299/96 ao manter, acertadamente, com a Polícia Judiciária Militar a investigação do crime militar daquela espécie nada mais fez do que dar cumprimento ao comando constitucional decorrente do § 4º do artigo 144 da CF, reservando àquela a realização das medidas persecutórias penais pré-processuais, excluindo expressamente a Polícia Civil de tal mister.” (g.n.)

Conforme salientado por **Roth**, na obra acima mencionada, comungam do mesmo entendimento *Célio Lobão, Cícero Robson Coimbra Neves, Marcello Straifinger, Jorge Cesar de Assis e Dirceô Torrecillas Ramos*.

Pois bem, uma vez constatado e definido tratar-se de crime militar o delito sob comento, fica fácil distinguir de quem é **a competência para promover o arquivamento do inquérito policial militar**, até porque a resposta é uma consequência lógica do até aqui estudado no presente trabalho.

Assim, por mero *silogismo*, em apenas três proposições podemos concluir que a competência para arquivamento do IPM, por qualquer que seja a causa, pertence à Justiça Castrense. Ou seja, partindo da *premissa maior* (**art. 205 c/c art. 9º, II, “c” ambos do CPM**), alcançamos a *premissa menor* (**art. 9º, parágrafo único do CPM c/c art. 82, § 2º, do CPPM c/c art. 144, § 4º da CF**) que nos remete à *conclusão* (**art. 125, § 4º da CF**). Simples assim!

Vale dizer, partindo da *premissa inequívoca* de tratar-se de **crime militar** o delito de homicídio doloso contra civil praticado por militar (*premissa maior*), e ainda, que por essa razão é manifesta a competência da Polícia Judiciária Militar para apuração de delitos militares (*premissa menor*) forçoso concluir que a competência para promoção de arquivamento de IPM nesses delitos é da Justiça Especializada (*conclusão*).

Consoante restou cabalmente demonstrado, a legislação aplicável à espécie consignou, de forma inequívoca, que a apuração dos delitos de homicídio contra

civil compete *exclusivamente* a PJM através da instauração de IPM, o qual, após concluído, será remetido à Justiça Comum para julgamento pelo Júri Popular. Vimos, portanto, que a Lei 9.299/96 e a EC 45/2004 atribuiu a este tipo de delito, em especial, uma espécie *híbrida* de processo dividindo-se em duas fases: a primeira, *fase pré-processual*, realizada pela Justiça Militar, e a segunda, *fase processual*, efetivada pela Justiça Comum através do instituto do Júri Popular.

Por essa razão, a toda evidência, que antes da remessa dos autos do IPM ao Tribunal do Júri, compete a Justiça Militar um primeiro exame para aferir se o delito investigado é mesmo hipótese de crime doloso contra vida de civil, e somente em caso positivo, encaminhar aqueles autos à Justiça Comum.

Nessa esteira, já decidiu o *Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais*:

TJM/MG: “*Nega-se a concessão de liminar quando o pedido é destituído de argumentação. A notícia de um fato de homicídio não pode, tecnicamente, ser pré-definido como criminoso, como doloso ou culposo. Daí, ocorrido o fato que, em tese, seja crime militar, cabe à Polícia Militar instaurar o IPM nos termos do art. 82, § 2º, do CPPM com a redação dada pela Lei nº 9.299/96. O IPM será encaminhado à Justiça Militar, que o remeterá à Justiça Comum quando o fato apurado constituir, em tese, o crime de que trata o art. 82, § 2º, do CPPM (Habeas Corpus n. 1.299/01, Rel. José Joaquim Benfca, m.v., J. 21.06.01, P. 08.08.01).*”

Proeminentemente, com **voto vencedor**, foi com muita maestria que o **Ministro Carlos Velloso**, do *Supremo Tribunal Federal*, abonou a tese e se manifestou nesse sentido na ADIn nº 1.494-3, em 09.04.97, interposta contra a Lei 9.299/96, *in verbis*:

"(...) à Justiça Militar estadual compete julgar os policiais militares nos crimes militares praticados pelos mesmos. Os crimes militares são definidos em lei (C.F., art. 125, § 4º). Esta é a regra.

A lei ordinária, a qual compete definir os crimes militares, excepciona: os crimes dolosos contra a vida, praticados pelos policiais militares, contra civis, serão da competência da Justiça comum: Lei 9.299/96, de 7.08.96. Excepcionou-se, portanto, a regra. Esses crimes, contidos na exceção, serão da competência da Justiça comum.

Mas a própria lei, que assim procedeu, estabeleceu que, 'nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça comum.'

É dizer, a Lei 9.299, de 1996, estabeleceu que à Justiça Militar compete exercer o primeiro exame da questão. Noutras palavras, a Justiça Militar dirá, por primeiro, se o crime é doloso ou não; se doloso, encaminhará os autos do inquérito policial militar à Justiça comum. Registre-se: encaminhará os autos do inquérito policial militar. É a lei, então, que deseja que as investigações sejam conduzidas, por primeiro, pela Polícia Judiciária Militar.

*É claro que o primeiro exame da questão – se doloso ou não o crime praticado contra civil – não é um exame discricionário, isento de controle judicial. Não. Esse exame está sujeito ao controle judicial, mediante os recursos próprios, e inclusive, pelo **habeas corpus**.*

Mas o que deve ser reconhecido é que o primeiro exame é da Justiça Militar, que, verificando se o crime é doloso, encaminhará os autos do IPM à Justiça comum. É o que está na lei.

*Posta a questão em tais termos, força é concluir que a Polícia Civil não pode instaurar, no caso, inquérito. O inquérito correrá por conta da Polícia Judiciária Militar, mediante o inquérito policial militar. **Concluído o IPM a Justiça Militar decidirá, remetendo os autos à Justiça comum, se reconhecer que se trata de crime doloso praticado contra civil.***

*Registro novamente: este julgamento não se constitui num julgamento imodificável. Estará ele sujeito a um controle judicial, através dos meios próprios, inclusive por meio de **habeas corpus**.*

Com essas breves considerações, peço licença ao Sr. Ministro Relator para, divergindo do seu douto voto, indeferir a cautelar." (g.n.)

Essa primeira análise judicial, indubitavelmente de competência da Justiça Castrense, também é uma questão de **lógica jurídica e razoável**, posto que, após a conclusão do IPM, estes autos irão com vistas ao *Parquet* junto àquela Especializada, a quem competirá analisá-los para formação da *opinio delicti* com a constatação ou não de crime doloso contra civil ou de outras hipóteses diversas que não a caracterização do homicídio doloso contra civil.

Assim como ocorre nas demais ações penais incondicionadas, o Representante do Ministério Público, como *dominus litis*, recebe a peça investigativa para a formação da *opinio delicti*, possuindo, a partir daí, várias alternativas: oferecer denúncia ou verificar a falta de justa causa para fazê-la, constatar a inexistência de crime ou de crime impossível, verificar a existência de uma causa de exclusão de ilicitude, concluir se tratar de crime culposos, requerer o arquivamento ou solicitar a devolução dos autos à polícia judiciária para novas diligências. E na Justiça Militar não é diferente esse procedimento, com o particular tratamento quando realmente se tratar de homicídio doloso contra civil, quando, então, os autos serão remetidos à Justiça Comum.

Tanto é verdade tal assertiva, que o próprio legislador estabeleceu o juízo castrense como juízo natural, pré-processual, para resolver as questões decorrentes do IPM, de forma que todas as medidas persecutórias de ofício, tanto da polícia como do Ministério Público, são realizadas pela Justiça Militar. Assim, enquanto não encerrado o IPM é a Justiça Militar que detém a competência para decretar quebra de sigilos, autorizar interceptação telefônica, decretar prisão temporária ou preventiva, conceder liberdade provisória, menagem ou relaxamento de prisão ilegal, busca e apreensão de pessoas e coisas, expedir mandados de prisão etc, e inclusive promover o arquivamento do IPM, nas hipóteses legais.

Fazendo coro a esta tese, filiam-se a este posicionamento a maciça *doutrina e jurisprudência*. Vejamos:

JORGE CÉSAR DE ASSIS¹⁴, assim afirma: “*pode ser também que fique demonstrada – extreme de dúvidas – a ocorrência de uma excludente de ilicitude, legítima defesa ou estrito cumprimento do dever legal, e aí, mesmo que a vítima seja civil, não haverá crime doloso, autorizando o arquivamento do inquérito, ou a permanência do julgamento na Justiça Especializada.*”

RONALDO JOÃO ROTH¹⁵, seguindo o mesmo raciocínio assevera: “*Na hipótese de ter sido reconhecida, no caso investigado, uma excludente de criminalidade (verbi gratia, legítima defesa), haveria sentido de envio dos autos ao Júri? A resposta, até por lógica, é negativa, pois se crime não houve (apenas o fato foi típico, mas a conduta foi jurídica)¹⁶, desnecessário o envio dos autos para decisão sobre essa questão à Vara do Júri, porquanto a Justiça Militar é competente para tal, ou seja, declarar o juízo negativo do delito contra a vida de civil.¹⁷ Aqui, mas uma vez, necessário reconhecer que o juiz natural nessa fase pré-processual é o Juízo da Justiça Militar. Igualmente deve ocorrer se outra causa determinar o arquivamento do feito, como a exclusão de culpabilidade (isso porque o CPM adota o causalismo neoclássico ou neokantismo, de forma que crime é: fato típico, antijurídico e culpável), a extinção de punibilidade e até mesmo a insuficiência de prova. (...) Assim, cremos que nas hipóteses de requerimento para o arquivamento do IPM, por parte do Parquet, o Juiz de Direito da Justiça Militar deve acolher o pedido quando este for cabível, pois compete-lhe decidir sobre o arquivamento do IPM.*”

EDSON CORREA BATISTA¹⁸, também assim se manifestou: “*E se após a conclusão do inquérito policial militar restarem elementos de prova irrefutáveis acerca da licitude da conduta dos agentes militares? Adianta que a hipótese é de arquivamento dos autos perante a própria Justiça Castrense, vez que não houve, verdadeiramente, a prática de crime, razão pela qual não há de se excogitar do deslocamento de competência para a Justiça Comum.*”

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DE MINAS GERAIS, já decidiu a matéria:

¹⁴ Jorge César de Assis, Op. cit., pág. 160.

¹⁵ Ronaldo João Roth, Op. cit., págs. 958/960.

¹⁶ STJ, CC nº 45134/MG, 3ª Seção, Rel. Min. Og Fernandes, j.29.10.08, DJ 7.11.08: (...) 1. “A legítima defesa, ou qualquer outra excludente, só pode ser acolhida na fase inquisitorial quando se apresentar de forma inequívoca e sem necessidade de exame aprofundado de provas, eis que neste momento pré-Processual prevalece o princípio do “*in dubio pro societate*”.

¹⁷ Na 1ª Auditoria Militar estadual de São Paulo foram arquivados: o IPM n. 47.389/07 foi arquivado na sob o fundamento de legítima defesa putativa, com decisão de 31.08.07, e homologado pelo Corregedor-Geral da JME/SP em 20.09.07; o IPM n. 51.127/08 foi arquivado em 05.06.08, por estrito cumprimento do dever legal e legítima defesa, e homologado em 16.06.08; o IPM n. 50.192/08 foi arquivado em 23.09.08, por legítima defesa, e homologado em 22.10.08. Na 2ª Auditoria Militar estadual foram arquivados: o IPM n. 24.670/99, por legítima defesa, em 30.07.99, e homologado em 27.08.99; e o IPM n. 37..340/03, por estrito cumprimento do dever legal e legítima defesa, em 19.12.03, e homologado em 17.02.04.

¹⁸ Edson Correa Batista, Op. cit., pág. 36.

“Troca de tiros entre marginais e policiais militares. Perseguição como obrigação funcional. Nega-se provimento inclusive com suporte em parecer ministerial, por inoportunidade, no caso, crime doloso contra a vida de civil. Não se deve mandar a Júri Popular policiais militares que trocam tiros com bandidos, em razão de uma construção, tão só doutrinária, de dolo eventual, ao atingir marginais. As excludentes de ilicitudes conhecidas como causa de justificação afastam a existência de uma conduta criminosa, tanto que o legislador, ao estatuir o art. 42 do CPM, dispôs sobre a inexistência de crime quando presentes uma das causas justificantes. Nega-se provimento, mantida decisão do juízo monocrático. Unânime.” (TJM/MG – Recurso Inominado 63 – Rel. Juiz Décio de Carvalho Mitre – j. em 21.11.2002).

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA MILITAR DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL, também já se posicionou no seguinte sentido:

TJM/RS: “Troca de tiros entre policiais e civis, que provocou, nestes, ofensas corporais. Competência. Compete à Justiça Militar estadual dizer se o fato objeto do IPM trata-se de crime doloso contra a vida, para, então, remeter os autos à Justiça Comum (art. 82, § 2º, do CPPM, introduzido pela Lei nº 9.299/96). Não há falar-se em tentativa de homicídio, crime de competência da Justiça Comum (art. 125, § 3º, da CF/88, com redação da EC nº 45/04, e art. 9º, parágrafo único, do CPM, introduzido pela Lei nº 9.299/96), se os policiais militares efetuaram disparos de arma de fogo para fazer cessar injusta e real agressão contra a guarnição de serviço, também com arma de fogo. Máxime se, dispondo de mais munição, os milicianos, voluntariamente, suspendem os disparos e socorrem os agressores feridos. Em casos que tais, os agentes devem responder, em tese, somente pelo resultado efetivamente produzido – lesão corporal (art. 31 do CPM), cuja competência constitucional para julgar é da Justiça Castrense. Recurso improvido. Decisão majoritária” (TJM/RS – Recurso Inominado nº 149/2009 – Rel. Juiz Militar Cel João Vanderlan Rodrigues Vieira);
TJM/RS: “Correição parcial. Representação do Corregedor-Geral da Justiça Militar do Estado (art. 498, b', do CPPM). Decisão da Juíza de Direito Substituta do Juízo militar, determinando o arquivamento de inquérito policial Militar, atendendo à promoção do Ministério Público, que entendeu não haver justa causa para a ação penal militar, reconhecendo terem os indiciados agido sob a excludente de antijuridicidade da legítima defesa, ao provocarem lesões corporais na vítima. Pretendida remessa dos autos à Justiça Comum, para conhecer e decidir sobre a tentativa de homicídio. Compete à Justiça Militar estadual dizer se o fato objeto do IPM trata-se de crime

doloso contra a vida, para, então, remeter os autos à Justiça Comum (art. 82, § 2º, do CPPM, introduzido pela Lei nº 9.299/96). Não há falar-se em tentativa de homicídio, crime de competência da Justiça Comum (art. 125, § 3º, da CF/88, com redação da EC nº 45/04, e art. 9º, parágrafo único, do CPM, introduzido pela Lei nº 9.299/96), se os agentes apenas efetuaram disparos de arma de fogo para fazer cessar injusta e real agressão contra a guarnição de serviço, também com arma de fogo, dispondo de mais munição, mas desistindo voluntariamente de prosseguirem, socorrendo o agressor, que fora ferido, devendo responder somente pelo resultado efetivamente produzido – lesão corporal (art. 31 do CPM), cuja competência constitucional para julgar é da Justiça Castrense, hipótese em que foi reconhecida a excludente de antijuridicidade da legítima defesa. Pedido de correição parcial indeferido. Decisão unânime" (Correição Parcial nº 1.036/05 - Juiz-Cel. Antonio Carlos Maciel Rodrigues - Rev. Jurisp. Mil., Porto Alegre, jul./dez., 2005, p. 263/264).

Recentemente, o MM. Juiz de Direito da 1ª AJM/SP indeferiu vários requerimentos do Ministério Público de remessa ao Tribunal do Júri de autos do IPM versando sobre homicídio doloso contra civil, alguns deles sob o fundamento legal de tratar-se de crime militar com notória excludente de ilicitude consistente na caracterização de legítima defesa por parte dos policiais militares investigados, e outros por razões diversas que também ensejam o arquivamento dos autos perante aquela própria Especializada. Inconformado com as aludidas decisões, o Representante Ministerial interpôs, num primeiro momento, **treze** Recursos em Sentido Estrito perante o TJMS, objetivando a reforma da decisão monocrática. Alguns recursos ainda dependem de julgamento, porém, desde já é seguro afirmar que o entendimento adotado pelo Pleno do E. TJMS é no sentido da tese ora tratada neste artigo, isto é, de que compete à Justiça Militar o arquivamento dos autos do IPM quando constatada a inexistência de crime doloso contra vida de civil por conta de alguma excludente do delito.

Dos RSE interpostos pelo Ministério Público, **seis** já foram julgados, sendo que a **1ª Câmara, por unanimidade de votos**, negou provimento ao recurso entendendo que o crime é militar e que, portanto, compete à Justiça Militar se pronunciar quanto à eventual arquivamento do IPM nos casos de reconhecimento inequívoco de inexistência de crime doloso contra civil (**RSE nº 1018/12 e RSE 1021/12 – votação 3 x 0**). Por outro lado, a **2ª Câmara, por maioria de votos**, deu provimento ao recurso ministerial reconhecendo a incompetência da Justiça Militar para aquele mister (**RSE nº 1020/12, RSE 1022/12, RSE 1027/12 e RSE 1028/12 – votação 2 x 1**).

Nesse sentido, acolhendo a competência da Justiça Militar estadual para o arquivamento do IPM no caso de homicídio doloso contra civil, quando inequívoca a inexistência daquele delito, a **E. Primeira Câmara do TJMS, a unanimidade de votos**, assim se firmou nos **RSE 1018/12 e 1021/12**:

“POLICIAL MILITAR – Recurso em Sentido Estrito – Apelo ministerial requerendo o envio dos autos do IPM à Justiça Comum nos termos do § 2º do art. 82 do CPPM – Exame efetuado pela Justiça Militar que reconheceu inexistir crime militar doloso cometido contra a vida de civil – Legislação que prevê o encaminhamento dos autos apenas quando do reconhecimento da existência de crime – Decisão proferida pela Justiça Militar no pleno exercício da sua competência – Controle exercido pelo Ministério Público sobre a atividade policial que não é afetado pela referida decisão – Recurso que não comporta provimento.”

Vale a pena transcrever, também, um pequeno trecho do brilhante **voto vencido e declarado** do Juiz Cel PM Aivaldi Nogueira Junior, da **2ª Câmara do TJMS**, que com muita técnica e lucidez assim se firmou:

"O Promotor de Justiça que atua na Justiça Militar - pensando no Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis conforme estabelece a Constituição Federal, em seu artigo 127, caput - é o mesmo Promotor de Justiça que atua no Tribunal do Júri. A formação e a capacitação são as mesmas e não há razão alguma para que a opinião delicti do representante ministerial designado para esta Justiça Especializada seja preterida, sendo plenamente capacitado para aferir se a hipótese do IPM é realmente de delito a ser processado e julgado pelo Tribunal do Júri, não havendo razão, sequer lógica, para que tal análise inicial seja feita por algum dos Promotores do Júri.

...

Dessa forma, outro não pode ser o meu posicionamento senão o mesmo externado pelo Ministro Carlos Velloso e pelo Dr. Ronaldo João Roth, MM. Juiz da Primeira Auditoria, ora recorrido. A verificação inicial, se o crime contra a vida de civil é doloso ou não, é feito na Justiça Militar, pelo Promotor de Justiça atuante nesta Especializada. Se doloso, encaminhará os autos do IPM para a Justiça comum. É isso que consta na lei. Nas demais hipóteses, seja o delito culposos, ou permeado por alguma das excludentes de ilicitude, ou praticado entre policiais militares, a competência para processamento é da Justiça Militar, seja para seguimento do feito, com oferecimento de denúncia, seja com o arquivamento dos autos, conforme entender o membro do Parquet e o magistrado da Auditoria. Esse primeiro exame do crime, se doloso ou não, conforme bem explicitado pelo Ministro Carlos Velloso, não está isento de controle judicial, o qual poderá ser exercido pelos recursos apropriados.

Do contrário, seria a Justiça Militar mero "Protocolo" dos Inquéritos Policiais Militares produzidos pela polícia judiciária militar, e,

eventualmente, viria a receber esses IPMs de volta, caso os Promotores de Justiça do Tribunal do Júri entendessem ser hipótese de crime que, na verdade, seria de competência da Justiça Militar, o que inaceitável."

...

Nos presentes autos, verifica-se que o Dr. Edson Corrêa Batista, d. 2º Promotor de Justiça Militar, ao verificar os autos do IPM nº 62.802/11, já detectou provas irrefutáveis acerca da licitude da conduta dos policiais militares envolvidos na ocorrência policial ali retratada, a qual foi legítima, excluindo a hipótese de crime, vez que, ao defenderem as próprias vidas, injustamente atacadas, atuaram segundo a vontade do Direito e, apesar de típico o fato, não é ele ilícito e, portanto, não há que se falar na prática de homicídio doloso pelos policiais militares, hipótese que ensejaria o arquivamento dos autos, conforme ele mesmo ponderou (fls. 100/105). E, não havendo que se falar em crime doloso contra a vida de civil, competente a Justiça Militar para decidir a respeito da matéria.

Os RSE, cujas decisões, por maioria de votos da 2ª Câmara, deram provimento ao recurso ministerial, foram objetos de **Embargos Infringentes e de Nulidade (EI nº 075/12, EI nº 080/12 e EI nº 084/12)**, os quais, corrigindo aquela equivocada divergência, **deram provimento ao recurso conferindo prevalência ao entendimento expressado no voto vencido acima transcrito**, no sentido de que o exame da matéria deve ser aferida pela Justiça Militar, porquanto o crime é militar, e que a remessa dos autos do IPM ao Tribunal do Júri deve ocorrer apenas e **tão somente quando reconhecida a existência efetiva** de crime doloso contra vida de civil.

Oportuno transcrever a **ementa** (e pequeno trecho do Acórdão) dos referidos **Embargos Infringentes e de Nulidade 075/12, da Relatoria do Juiz Cel PM Fernando Pereira**, que dirimiu a divergência instalada nos referidos RSE:

TJMSP – PLENO

“POLICIAL MILITAR – Embargos Infringentes e de Nulidade – Interposição diante de decisão majoritária proferida em Recurso em Sentido Estrito – Apelo ministerial requerendo o envio dos autos do IPM à Justiça Comum nos termos do § 2º do art. 82 do CPPM – Votos vencedores que deram provimento ao recurso ministerial – Voto vencido que entendeu desnecessário o envio dos autos quando não reconhecida a prática de crime militar doloso contra a vida de civil – Embargos requerendo a prevalência do entendimento expressado no voto vencido – Exame efetuado pela Justiça Militar que reconheceu inexistir crime militar doloso cometido contra a vida de civil – Legislação que prevê o encaminhamento dos autos apenas quando do reconhecimento da existência de crime – Decisão proferida pela Justiça Militar no pleno exercício da sua competência – Controle exercido pelo Ministério

Público sobre a atividade policial que não é afetado pela referida decisão – Reforma da decisão tomada pela maioria dos integrantes da 2ª Câmara – Recurso que comporta provimento.(g.n.)

(. . .)

Se a Justiça Militar não tivesse a competência para realizar o exame atinente ao reconhecimento ou não da existência de crime militar doloso contra a vida de civil e, na verificação da sua existência, encaminhar os autos à Justiça Comum, não haveria qualquer sentido na lei determinar que os fatos fossem apurados por meio de um inquérito policial militar e que este fosse direcionado por primeiro à Justiça Militar.

(. . .)

Verifica-se, assim, que na eventualidade do Juiz de Direito, exercendo sua atividade jurisdicional na Justiça Militar; reconhecer a inexistência de crime, não há razão para determinar o envio dos autos à Justiça Comum — uma vez que esse encaminhamento é obrigatório apenas quando do reconhecimento da existência de crime militar doloso contra a vida civil —, até mesmo porque, se dessa forma não estivesse simplesmente se atendo à estrita observância da lei, essa medida também estaria em perfeita consonância com os princípios da economia processual e da celeridade, este último inserido dentre os direitos e garantias fundamentais por meio da Emenda Constitucional nº 45/04.(...)"

No mesmo sentido, foram as decisões proferidas em sede **dos Embargos Infringentes e de Nulidade nº 080/12 e 084/12**, ambos da relatoria do **Juiz Cel PM Fernando Pereira**, julgadas no último 11.07.12.

Conclusão

O advento da Lei 9.299/96, posteriormente constitucionalizada pela EC nº 45/2004, em nada alterou a natureza do crime militar de homicídio doloso contra civil praticado por policiais militares, porquanto a alteração legislativa ter operado **somente a transferência da competência** de seu processo e julgamento para o Tribunal do Júri.

Portanto o homicídio doloso contra civil praticado por policiais militares é **crime militar**. Isso é tão incontroverso, que cabe à Polícia Judiciária Militar (PJM) instaurar o IPM e praticar todos os atos persecutórios pré-processuais, não só por conta da previsão legal do art. 82, § 2º c/c art. 144, § 4º da CF/88, mas mormente por isso já ter sido reconhecido e sedimentado pelo **STF - Supremo Tribunal Federal** na ADIn 1494-DF e pelo **TJMSP - Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo** na ADIn 001/10.

Tal alteração de competência criou uma espécie *híbrida* de processo referente ao delito de homicídio doloso contra civil, dividindo-o em duas fases: a primeira,

fase pré-processual, realizada pela Justiça Militar, e a segunda, *fase processual*, efetivada pela Justiça Comum através do instituto do Júri Popular.

Uma vez incólume a natureza militar do referido delito, é a Justiça Militar Estadual (JME) o juízo natural com a competência para dirimir todas as questões pré-processuais, incidentais ou não, ocorridas durante a tramitação do IPM na caserna, de modo que todos os atos persecutórios são praticados pela PJM com o controle judicial daquela Justiça Especializada.

Atendendo aos ditames da Lei Maior e do ordenamento infraconstitucional, antes da remessa dos autos do IPM ao Tribunal do Júri, também compete a Justiça Militar Estadual (JME) um primeiro exame para aferir se o delito investigado é mesmo hipótese de crime doloso contra vida de civil, e, somente assim sendo, deverá encaminhar aqueles autos à Vara do Júri na Justiça Comum.

Também compete à Justiça Castrense promover o arquivamento do IPM nesses delitos quando o Ministério Público da Justiça Militar verificar falta de justa causa para ação penal militar, causa de exclusão de ilicitude ou qualquer outra causa legal que autorize o respectivo arquivamento.

O estudo e a discussão da matéria pelos operadores do direito se faz premente, pois o entendimento contrário à maciça doutrina e jurisprudência, ora apresentada, além de se revelar *contra legem*, tende a gerar um nefasto e irreversível efeito para a Justiça Militar de, aos poucos, esvaziar sua competência, desprestigiando a secular Justiça Especializada, notadamente a Justiça Militar Paulista que nesse ano de 2012 comemora seu jubileu de diamante, completando 75 anos de existência.

Referências bibliográficas

- ASSIS, Jorge César de. “Direito Militar – Aspectos Penais, Processuais penais e Administrativos”, 2ª Ed., Ed. Juruá, Curitiba, 2008.
- BATISTA, Edson Correa. “O arquivamento do inquérito policial militar nos casos de crimes dolosos contra a vida praticados contra civil em face do reconhecimento de uma causa de exclusão da ilicitude”, Revista DIREITO MILITAR, AMAJME, nº 91, setembro/outubro de 2011, págs. 36/40.
- CALCIOLARI, Waldir. “Dos crimes dolosos contra a vida praticados por policiais militares”, do Livro “Caderno Jurídico *Direito Penal Militar e Processual Penal Militar*” da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo, Imprensa Oficial do Estado de São Paulo, São Paulo, Ano 3, Vol. 6, nº 3, jul./dez., 2004, págs. 171/183.
- CELIDÔNIO, Celso. “O parágrafo único do art. 9º do CPM, aplicação e efeitos”, Revista CEJ, Brasília, nº 35, pag. 8/11, out/dez/2006.
- NEVES, Cícero Robson Coimbra. “Crimes dolosos praticados por militares dos Estados contra a vida de civis: crime militar julgado pela Justiça comum”, disponível em: www.jusmilitaris.com.br, doutrina/processo penal militar. Acesso em: 21.abr.2012.
- ROTH, Ronaldo João. “O Princípio Constitucional do Juiz natural, a Justiça Militar Estadual, a Polícia Judiciária Militar e a Lei nº 9.299/1996”, do Livro “Direito Militar – Doutrinas e Aplicações”, Coordenada por Dirceu Torrecillas Ramos, Ronaldo João Roth e Ilton Garcia da Costa, Elsevier, Rio de Janeiro, 2011, págs. 949/961.

A criação do Tribunal do Júri na Justiça Militar em face da competência para processar e julgar o crime militar de homicídio doloso contra civil

João Carlos Campanini*

1. Breve apanhado sobre a origem do tribunal do júri e sua consolidação no ordenamento jurídico pátrio

Para alguns doutrinadores é possível afirmar o surgimento do Tribunal do Júri na época mosaica, por conta da existência de critérios inerentes ao Tribunal Popular, como por exemplo, a boa publicidade, julgamento por pares, direito de defesa e análise de provas¹.

Outra esteira de pensamento aponta o surgimento deste instituto nos áureos tempos de Roma com os *judices jurati*, também na Grécia antiga existia a instituição dos *diskates*, podendo mencionar ainda os *centeni comitês*.

Outra corrente, que nos parece mais coerente, atribui o surgimento do Tribunal do Júri na Inglaterra no ano de 1215, quando o Concílio de Latrão aboliu os juízes de Deus e instalou o conselho de jurados. Com o objetivo de julgar crimes de bruxaria ou com caráter místico².

Incluso na Constituição da Inglaterra no século XIII, o Tribunal do Júri ganhou espaço em alguns países europeus. Em 1789 após sua revolução, a França acabou incorporando o instituto ao seu ordenamento jurídico e por consequência, todos os países da Europa com exceção da Holanda e Dinamarca também o adotaram. Com algum tempo de vigência, o Tribunal do Júri não se adaptou aos costumes de alguns países daquele continente onde começou a sofrer mudanças e adaptações, restringindo-lhe a competência e, em vários países deixou de ser utilizado³.

No Brasil, tal instituição nasceu no ano de 1822 por decreto imperial, com a nomenclatura “juízes de fato”, composto de 24 homens, considerados bons, honrados, inteligentes e patriotas, com competência para julgar apenas crimes de imprensa. Incluso na Constituição de 1824 ganhou maior amplitude e passou a julgar ações

* Advogado, Especialista em Direito de Segurança Pública pelo Ministério da Justiça – SENASP, Especialista em Direito Militar pelo Exército Brasileiro, Bacharel em Ciências Policiais de Segurança e Ordem Pública pela APMBB, Sócio-Administrador e Chefe do Departamento de Gerenciamento de Crises da Oliveira Campanini Advogados Associados, banca especializada na defesa de Policiais Militares.

¹ REZENDE, Reinaldo Oscar de Freitas Mundim Lobo. Da evolução da instituição do júri no tempo, sua atual estrutura e novas propostas de mudanças. Proj. de Lei n.º 4.203/2001. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 9, n.º 706, 11 jun. 2005.

² NUCCI, Guilherme de Souza – Código de Processo Penal comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006. pág. 699

³ REZENDE, *ibidem*.

cíveis e criminais. Desde então, constantemente modificado, o instituto se manteve em todas as Cartas Magnas deste país⁴.

Atualmente, o instituto do Tribunal do Júri está consolidado em nossa Constituição Federal entre as denominadas *cláusulas pétreas*, com previsão expressa no artigo 5º, inciso XXXVIII, dos princípios que lhe são ínsitos:

- *a plenitude de defesa;*
- *o sigilo das votações;*
- *a soberania dos veredictos; e*
- *a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida.*

Muito se diverge sobre o tema, desde a sua origem até a real capacidade dos jurados para decidir questões de alta complexidade jurídica. O juízo íntimo de convicção e a soberania dos veredictos alimentam discussões sobre a justiça das decisões e a sua vocação para o julgamento dos “crimes de sangue”, na medida em que propiciam absolvições de culpados e condenações de inocentes.

Com todas as suas virtudes e defeitos – pois a perfeição é algo que reluta às práticas humanas – o Tribunal do Júri é, sem dúvida, um dos mais intrigantes (e apaixonantes) institutos do nosso ordenamento jurídico.

2. Do conceito de crime militar e a competência da Justiça Militar

A Constituição Federal não define crime militar (embora reconheça a sua existência, mencionando-o em vários dos seus artigos, v. g, 5º, inciso LXI, 124, 125, § 4º e 144, § 4º), ficando tal encargo por conta da legislação federal ordinária.

Desse modo, o Código Penal Militar sem se pautar por uma definição direta, apenas o enumera, segundo o critério *ex vi legis*. Em outras palavras, é possível afirmar que **crime militar** é o que a Lei considera (ou enumera) como tal. É o que deflui da leitura dos artigos 9º (crimes militares em tempo de paz) e 10 (crimes militares em tempo de guerra), do aludido Código.

Para a Doutrina, a definição de crime militar está ligada à tutela de **bens de interesses das instituições militares**. Com a propriedade que lhe é peculiar, o eminente Promotor de Justiça Militar da União, Dr. JORGE CÉSAR DE ASSIS ensina que “*crime militar é toda violação acentuada ao dever militar e aos valores das instituições militares*”. Com sua contumaz perspicácia, NAPOLEÃO BONAPARTE dizia que “*a lei militar é a lei comum com gorro de quartel*”⁵.

Contudo, quando se trata da competência para apurar, processar e julgar os crimes militares, a Constituição Federal não delega a missão, tampouco abre flanco para incursões perpetradas no plano infraconstitucional.

⁴ RAMALHO TERCEIRO, Cecílio da Fonseca Vieira, Escorço histórico do Tribunal de Júri e sua perspectivas para o futuro frente a reforma do processo penal. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 7, nº 65, maio 2003.

⁵ HERRERA, Renato Astrosa. *Derecho Penal Militar*. Ed. Jurídica de Chile, 2ª ed. Santiago. 1974, p. 21.

Nesta pequena reflexão nos proporemos a analisar a competência da Justiça Militar para processar e julgar os crimes militares dolosos contra a vida de civil, em face das alterações levadas a efeito pela Lei Federal nº 9.299/96 e da Emenda Constitucional de Reforma nº 45/2004, bem como, a possível e devida criação do Tribunal do Júri na Justiça Militar.

3. Da competência para a apuração dos delitos militares de homicídio doloso contra a vida de civil

A doutrina pátria divide o Direito Penal em *especial* e *comum*, sendo que essa diversificação se apresenta em função do órgão encarregado de aplicar o Direito Penal Objetivo.

Assim, se a norma objetiva se concretiza por meio de órgãos especializados, para tal, constitucionalmente designados, essa norma tem natureza especial, ao passo que se essa concretude se obtém por meio de jurisdições não especializadas, consequentemente, está-se diante de uma norma penal comum.

Nesse diapasão, a Justiça Militar é *especial*, pois possui atribuições específicas, constitucionalmente definidas, as quais se apresentam como exceções às da Justiça Comum.

O Código Penal Militar (Decreto-Lei 1001/69), como já adiantado, em seus artigos 9º e 10, definem os *crimes militares*, em obediência ao artigo 124 da Constituição Federal, sendo o Código de Processo Penal Militar (Decreto-Lei nº 1002/69) a principal norma instrumental que rege a matéria *penal militar*.

E diferentemente do que ocorre com a definição de **crime militar**, a questão envolvendo a **competência da Justiça Militar**, bem como dos **órgãos de Polícia Judiciária Militar** é tratada, **de modo indelegável**, pela Constituição Federal, conforme se detalhará mais adiante.

Diante desse panorama, tem-se que antes de 1996, definia-se a competência para apuração dos crimes dolosos contra vida cometidos por militares contra civis, conforme o fato concreto: se praticado por militar em serviço ou em razão do serviço contra civil (espécie de crime militar impróprio), a competência para processar e julgar seria da justiça militar; contudo, se cometido por militar fora do serviço contra civil (crime comum), a competência seria da Justiça comum. E se cometido por militar contra militar em atividade (crime militar), a competência seria da Justiça Castrense.

Em outras palavras, a **competência**, tanto para a adoção de medidas de polícia judiciária quanto judiciais, se definia segundo a regra geral pela qual se classificam os crimes em dois gêneros: *comum* ou *militar*. Tratando-se de crime militar, por força de inflexível injunção constitucional, todas as providências, desde a fase policial, até a judiciária, eram regidas pela legislação penal e processual penal militar; caso contrário, as providências recaíam sobre a esfera comum.

Com a redemocratização do País, ganharam corpo os ecos revanchistas da Esquerda em face das instituições militares. Nesse contexto, difundiu-se a ideia de que

seria a Justiça Militar uma instituição anacrônica, resquício do regime ditatorial, que tinha suas decisões gravadas pelo corporativismo, especialmente em relação aos Oficiais.

É certo que a pressão sobre a Justiça Militar também aumentou em função de outros eventos envolvendo militares de diversos Estados da Federação, tais como, as chacinas da Candelária, Vigário Geral e Nova Brasília no Rio de Janeiro, o confronto com posseiros em Corumbiara/RO e Eldorado dos Carajás, no Pará.

E foi também diante desse cenário que em 1992 eclodiu a rebelião na Casa de Detenção do Carandiru, em São Paulo, que marcou o confronto entre os presos rebelados e a Polícia Militar, tendo como resultado a morte de 111 detentos. Sem dúvida, fato de grande relevância para as mudanças que se sucederam.

O caso ganhou enorme repercussão, reverberando em todo o território nacional e internacional como “O Massacre do Carandiru”. Logo o feito veio ter com a Justiça Militar, para onde também se voltaram as lentes sensacionalistas. Era o cenário ideal para os que defendiam a extinção da Justiça Castrense.

Desde logo ficaram evidentes as imensas dificuldades que o caso impunha. As dimensões do processo, em vários de seus aspectos, refugiam à normalidade que a prática forense enfrenta no dia a dia: o número de vítimas (111), o número de réus (116) e o mais que deles decorriam, tais como o número de defensores, testemunhas, etc. Tudo era gigantesco, descomunal, impraticável.

Nesse ponto, é de se destacar o denodo com que S. Excelência, o Dr. Paulo Prazak – Magistrado dos mais eminentes, hoje, alçado ao Tribunal de Justiça Militar do Estado, mas que na época se conduzia à frente da 1ª Auditoria da JMESP – enfrentou o desafio de iniciar e dirigir o feito. Se as instalações da Justiça Militar não comportavam fisicamente uma audiência daquelas proporções, a solução foi encontrada num espaço gentilmente cedido pela Justiça Comum.

Sem dúvida, a Justiça Militar lançou mão de todos os recursos imagináveis para que o processo pudesse ser viabilizado. Mesmo assim, providências que não dependiam do esforço direto de seus integrantes retardaram o seu desfecho. Cite-se, por exemplo, a perícia de balística – imprescindível para a individualização das condutas – que consistia no exame de nada menos que 392 armas em confronto com cada um dos 535 projéteis que teriam sido apreendidos nos corpos dos detentos. Algo inexequível para o Instituto de Criminalística, cujo chefe, oficiado para a realização dos referidos exames, chegou a declarar que com os recursos humanos, materiais e tecnológicos que dispunha à época, ***levariam pelo menos setenta anos para a conclusão dos trabalhos.***

Mas nada disso foi levado em conta por parte dos críticos de plantão que patrulhavam a atuação da Justiça Militar. Um deles, agente do alto escalão do Governo Federal que à época visitava o TJMSP, chegou a afirmar: “*ou a Justiça Militar põe fim ao processo do Carandiru, ou o processo do Carandiru porá fim à Justiça Militar...*”.

Todo esse contexto, além de outros fatos de grande relevância, como os que aqui já foram citados, favoreceu, em processo legislativo conturbado, a aprovação do Projeto de Lei nº 2891, de 1992, que deu origem à Lei Federal nº 9.299, de 7 de agosto de 1996. O texto, de iniciativa do então Deputado Federal Hélio Bicudo,

buscou, basicamente, extrair da Justiça Militar a competência para o julgamento dos crimes dolosos praticados por militares contra a vida de civis.

Com o propósito de retirar tais crimes da designação do foro especial (militar), o legislador ordinário promoveu significativas alterações ao artigo 9º do CPM (dispositivo responsável pela definição dos crimes militares em tempo de paz) e artigo 82, do CPPM, que passaram a vigorar com as seguintes redações:

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

II – ...

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;

...

f) revogada.

...

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

** * **

CPPM, 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:

...

§ 2º - Nos crimes dolosos contra a vida, praticados contra civil, a Justiça Militar encaminhará os autos do inquérito policial militar à justiça comum.

Entretanto, é possível se concluir que a norma sob comento, embora haja traduzido em seus preceitos as reais intenções do legislador, padeceu da inobservância de uma melhor técnica legislativa, mormente diante do plexo normativo que buscava alterar, e de sua posição hierárquica em relação ao texto constitucional.

Desse modo, a sobredita atuação do legislador ordinário, o expôs, e com certa razão, a severas críticas, sobretudo em virtude de este haver rebaixado ao plano infraconstitucional a abordagem da matéria pertinente à **competência da Justiça Militar**, assunto que, no entanto, se encontrava versado no ápice da pirâmide normativa pátria – a Constituição da República –, a qual, em relação à Justiça Militar estadual, vigorava, antes das alterações produzidas pela Emenda de nº 45/2004, com a seguinte redação de seu **artigo 125, § 4º**:

Artigo 125 - . . .

§ 4º - Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os policiais militares e bombeiros militares nos crimes militares, definidos em lei, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

Desse modo, no que pertine à questão da competência da Justiça Militar, tratada no recém-introduzido parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar, o texto da Lei nº 9.299/96 acabou se chocando frontalmente com a Constituição Federal, haja vista que, a então vigente redação do parágrafo 4º do artigo 125 da CF, se apresentava como norma de **eficácia plena**, ou seja, não delegava ao plano infraconstitucional o trato, ou mesmo regulamentação da matéria por ele versada.

Na verdade, para que o legislador ordinário conseguisse o seu intento de forma mais incontroversa, bastaria redigir o parágrafo único do artigo 9º do Código Penal Militar, por exemplo, da seguinte forma: ***os crimes de que tratam esse artigo, quando dolosos contra a vida e praticados contra civil, se classificam como crimes comuns.***

Assim, estar-se-ia tratando da **definição** de crime militar, **atributo próprio da legislação infraconstitucional**, que não fomentaria qualquer dúvida sobre a sua legitimidade.

É óbvio que as imperfeições de ordem técnica, ora em consideração, não deixaram de ser observadas pelas autoridades competentes, a exemplo da manifestação emanada à época pelo próprio Ministério da Justiça – órgão que referendou a promulgação da referida Lei nº 9.299/96 –, dirigida ao Excelentíssimo Senhor Presidente da República, acerca do Anteprojeto de Lei nº 2.314/96 (EM/ MJ 475).

Sobre o assunto, vale transcrever, ao menos em parte, a Exposição de Motivos subscrita pelo então **Ministro Nelson Jobim**, referente ao Projeto de Lei sob comento:

“(…)

2 - *A Comissão parlamentar de Inquérito encarregada de investigar homicídios cometidos contra crianças e adolescentes no País trouxe à tona um tema que já vem recebendo atenção dos membros do Congresso Nacional há alguns anos: a crescente incidência de crimes praticados por policiais militares contra civis no exercício de função de policiamento.*

3 - *Tal fato, que decorre da crença da impunidade oriunda da sujeição desses infratores ao foro especial militar, estava a exigir urgente reformulação das leis substantiva e processual militares, de sorte a atribuir à Justiça Comum o processo e julgamento de crimes dessa natureza.*

4 - *Em razão disso é que se fez editar a recente Lei nº 9.299, de 7 de agosto de 1996, oriunda do Projeto de Lei nº 2.801, de 1992, que nasceu de proposta da referida Comissão Parlamentar de Inquérito.*

5 - *Convém esclarecer que, muito embora o projeto de lei acima referido estivesse eivado de imperfeições redacionais que, por si só, ensejariam seu desacolhimento, o fim por ela visado não permitiu que o Poder Executivo postergasse a solução desse problema, com o veto ao Projeto de Lei nº 2.801, de 1992, para o subsequente encaminhamento de outra proposutura legislativa.*

6 - Por esse motivo, optou por apresentar projeto de lei corrigindo as inadequações tão logo entrassem em vigor as novas regras do Código Penal e de Processual Penal Militares.

7 - Assim, o projeto de lei que ora encaminho a Vossa Excelência objetiva, em suma, corrigir defeitos evidentes da Lei nº 9.299, de 1996, os quais passarei, de maneira breve, a apontar.

8 - O teor do parágrafo único acrescido ao art. 9º do Código Penal Militar causa espécie ao leitor. Por essa norma, compete à Justiça Comum o processo e julgamento de crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militar, delito esse militar, já que se insere esse parágrafo no bojo de artigo que assim considera determinadas condutas.

9 - Ora, a Constituição Federal é de clareza cristalina: compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei, nos termos de seu art. 124.

10 - Como admitir-se, então, a nova lei, se a inconstitucionalidade é um vício insanável?

11 - Ter-se-á que se socorrer o intérprete de regras de hermenêutica para afastar esse vício. E aí encontrará o fato de ser permitido à lei ordinária proceder a conceituação de crime militar, tendo sido suficiente, pois, que, para atingir, com acerto, seu desiderato, o legislador exclusse os crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militar de conceito de crime militar, sem qualquer referência à Justiça Comum, porque a ela passará automaticamente a competência do processo e julgamento do crime que não mais integra o conceito de crime militar.

12 - Além do mais, não foi prudente a lei, ao fixar a competência do Juízo em razão do elemento subjetivo da conduta, até mesmo porque, não se define de modo claro qual o momento processual em que isso ocorrerá e a quem caberá decidir sobre essa questão. Pela redação do § 2º do art. 82 do Código de Processo Penal Militar, pressupõe-se, inclusive, um pré-julgamento na fase do inquérito, o que poderá acarretar insegurança jurídica.

13 - Acrescentem-se ainda, as conseqüências negativas que advirão da sentença que declarar ter o agente praticado o crime com culpa e, em decorrência disso, demonstrar a incompetência do Juízo.

(...)"

Mesmo diante das evidentes eivas apontadas, por entender que o momento histórico em que vivia exigia a adoção de medidas de urgência, o Excelentíssimo Senhor Presidente da República sancionou integralmente a nova lei. Contudo, tais fatores o motivaram a apresentar nova proposta de reformulação legislativa, encaminhada aos 20.08.1996 (13 dias depois), ao Congresso Nacional, que tinha por escopo alterar a Lei nº 9.299, de 07.08.1996, por onde propugnava, inclusive, a derrogação da norma contida no § 2º, do artigo 82 (alterado conforme Lei 9.299/96).

Contudo, como se sabe, as alterações procedidas por intermédio da Lei Federal nº 9.299/96 permaneceram intactas, apesar das imperfeições retrocitadas.

E a matéria, como não podia deixar de ser, foi enfrentada pelo Poder Judiciário em suas diversas instâncias, contudo prevalecendo o entendimento acerca da constitucionalidade dos preceitos da referida Lei nº 9.299/96 (exceto por decisões proferidas pelo STM e por alguns juízes, isoladamente), o que, a nosso humilde ver, não se deu em face da observância de razões de ordem jurídica, mas que se traduziram em verdadeiro **contorcionismo exegeticó**, tendente a conferir razão ao quanto intencionado pelos membros dos poderes legislativo e executivo, responsáveis pela aprovação e sanção dessa malsinada Lei.

Até porque, caso a Suprema Corte reconhecesse a inconstitucionalidade dos preceitos da Lei 9.299/96 – que transferia, no plano infraconstitucional, competência jurisdicional tratada na Constituição Federal –, a consequência lógica seria a anulação dos inúmeros julgamentos, àquela altura já realizados nos diversos Tribunais do Júri, distribuídos país afora, inclusive com a soltura de muitos condenados que se encontrariam em plena execução de suas sentenças, o que cuidaria de atravancar ainda mais o funcionamento do Judiciário.

Mas a realidade fática, mesmo diante da interpretação jurisprudencial que vem prevalecendo, em nada altera o que restou **positivado**: o legislador ordinário poderia ter excluído os crimes dolosos contra a vida de civil do rol dos delitos militares, mas não o fez. Nem mesmo prosperou o Projeto de Lei que tinha por escopo tal desiderato, de modo que o tipo penal previsto no artigo 205 do CPM permanece em pleno vigor e, mesmo quando o homicídio é praticado contra civil, a natureza – **militar** – do crime permanece inalterada.

Em suma, na prática, temos uma esdrúxula situação em que esses **crimes militares** estão sendo processados e julgados pela Justiça Comum.

Tanto permanecem com sua natureza **militar** intacta, que esses delitos, por força dos dizeres da própria Lei 9.299/96, continuam sendo apurados na fase pré-processual pela Polícia Judiciária Militar.

E nisso consiste outra anomalia promovida pela aludida inovação legislativa, porquanto interpretações divergentes dessas normas, na prática, deram origem à “**competência concorrente**” em matéria de polícia judiciária, produzindo, não raro, efeitos nefastos para o jurisdicionado e, por via reflexa, para a própria sociedade.

Ou seja, para um mesmo fato, tem-se instaurado dois inquéritos que correm de forma simultânea e independente, desaguando o IPM na Justiça Militar e o IP na Justiça Comum. E daí, a nossa prática nos vem permitindo testemunhar outros desdobramentos atípicos, como, por exemplo, a adoção de medidas cautelares, ainda na fase inquisitiva, pelo Juízo Comum e Militar, simultaneamente ou, pior do que isso, nas situações em que são produzidas soluções distintas.

Por isso, não são raros os casos em que o mesmo indivíduo, **pelo mesmíssimo fato**, é indiciado duas vezes e tem contra si dois mandados de prisão, de espécies diferentes (uma preventiva e outra temporária, por exemplo) emanados por distintas autoridades judiciárias.

Há hipóteses, ainda, em que uma prisão em flagrante é relaxada por um Juízo e, pelo outro, é convertida em preventiva. Algo semelhante ocorre quando se impetra Ordem de *Habeas Corpus* em face de cada medida constritiva e a Ordem concedida por um Tribunal deixa de produzir seus efeitos práticos porquanto remanesce o mandado de prisão emanado pelo Juízo que a ele não se subordina.

Tudo isso poderia e deveria ser evitado a partir de uma solução simples e prática: **a criação do Tribunal do Júri na Justiça Militar**, sacramentando manutenção da competência da Justiça Militar para o julgamento dos crimes militares, inclusive, dos dolosos contra a vida de civil.

Há quem defenda a mudança na legislação para que a Justiça Militar volte a julgar os crimes militares dolosos contra a vida de civil, a partir da criação de um Júri misto, formado por militares e cidadãos convocados. Não somos partidários dessa solução, embora seja uma tese muito coerente.

Fazemos coro aos que defendem a implantação do Tribunal do Júri na Justiça Militar nos exatos moldes em que ocorre na Justiça Comum Estadual e Federal, com a presidência de um Juiz de Direito do Juízo Militar e com um Conselho de Sentença formado exclusivamente por civis, segundo os critérios adotados pelo Código de Processo Penal.

Há várias razões em abono à tese por nós defendida, dentre elas:

- é a solução que, a nosso ver, mais se harmonizaria com a Constituição Federal, tanto no que diz respeito à preservação da competência da Justiça Militar, quanto da melhor observância dos princípios constitucionais do Tribunal do Júri;
- seriam sanadas, de modo definitivo, todas essas imperfeições técnicas inauguradas com a sobredita Lei 9.299/96;
- embora sob a presidência de um Juiz de Direito integrante da Justiça Militar, o julgamento de mérito adviria do sufrágio realizado pelo Conselho de Sentença, formado por jurados civis, sobre os quais não pairariam suspeitas preconcebidas ou acusações de corporativismo;

Veremos a seguir como a medida ora sugerida se encontra em perfeita harmonia com o texto constitucional.

4. Da previsão constitucional para criação do tribunal do júri na justiça militar estadual

A questão envolvendo a competência da Justiça Militar voltou a ser abordada por ocasião da **Emenda Constitucional nº 45/2004**, que tratou da reforma do Poder Judiciário. Entre as inovações por ela trazidas, destaca-se a nova redação dos parágrafos 3º, 4º e 5º, do artigo 125, da Constituição Federal, a saber:

Artigo 125 – . . .

(...)

§ 3º 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.

§ 4º 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.

§ 5º Compete aos juízes de direito do juízo militar processar e julgar, singularmente, os crimes militares cometidos contra civis e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, cabendo ao Conselho de Justiça, sob a presidência de juiz de direito, processar e julgar os demais crimes militares.

Como se percebe, o legislador constituinte derivado, mesmo diante dessa inovação, não inseriu qualquer exceção à competência da Justiça Militar. Muito pelo contrário, o resultado da reforma foi a sua **ampliação**, entre outras mudanças, passando a ser o Juiz de Direito do Juízo Militar o único competente para o julgamento dos crimes militares cometidos contra civis.

A única ressalva é a competência do Tribunal do Júri quando a vítima for civil. Contudo, note-se que em nenhum momento o aludido texto transmite tal competência para a **Justiça Comum Estadual**, mesmo porque, **o Tribunal Popular não é matéria de sua exclusividade**, v. g., os registros de sua instalação na Justiça Federal.

Sobre o tema, destacamos a esmerada abordagem realizada por FERNANDO A. N. GALVÃO DAROCHA, MM. Juiz Civil do Tribunal de Justiça Militar do Estado de Minas Gerais, em seu artigo “*Tribunal do Júri na Justiça Militar Estadual*”⁶, cujo trecho a seguir, pedimos vênias para colacionar:

“(…)”

3. PREVISÃO CONSTITUCIONAL PARA A INSTITUIÇÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI

A EC n° 45/2004, conhecida como a reforma do Poder Judiciário, produziu importante modificação na estrutura dos órgãos da Justiça Militar. Preservando integralmente a disposição relativa à competência da Justiça Militar federal, ampliou a competência da Justiça Militar estadual. Houve significativa alteração nos §§ 3º, 4º e 5º do art. 124 da Constituição Federal, que passaram a ter a seguinte redação:

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios estabelecidos nesta Constituição.

⁶ Artigo publicado na *Revista de Estudos & Informações da Justiça Militar do Estado de Minas Gerais*, n° 17 – outubro de 2006, pág. 29/32.

[...]

§ 3º 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.

§ 4º 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.

§ 5º 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.

[...]

Pelo que se pode facilmente constatar, não houve qualquer alteração das regras de competência no que diz respeito ao julgamento dos crimes militares dolosos contra a vida. Pode-se até dizer que a emenda constitucional reafirmou a opção política de preservar a competência da Justiça Militar da União e dos Estados para julgar os crimes militares. A emenda constitucional também não produziu alteração na definição dos crimes militares: em qualquer hipótese, seja o crime praticado contra civil ou militar, o tipo penal previsto no art. 205 do CPM continua sendo de natureza militar.

A nova redação que a Emenda conferiu aos parágrafos do art. 125 determinou mudança apenas na estrutura e funcionamento dos órgãos jurisdicionais da Justiça Militar. Sem prever qualquer exceção à competência da Justiça castrense, os referidos parágrafos distribuem-na por seus diversos órgãos jurisdicionais. O juiz de direito do juízo militar passou a ser o único competente para o julgamento dos crimes militares cometidos contra civis, sendo nesses casos afastada a competência do conselho de justiça. No entanto, a Constituição fez uma ressalva para preservar a instituição do júri. Quando o crime militar for contra a vida de civis o juiz de direito do juízo militar não poderá julgar singularmente, mas sim constituir, sob sua presidência, o Tribunal do Júri.

Ao preservar a competência do Tribunal do Júri, quando a vítima for civil, a Constituição Federal não estabeleceu uma nova Justiça especializada: uma "justiça do júri". O Tribunal do Júri não materializa nenhuma Justiça especializada, mas apenas um órgão jurisdicional que compõe a organização judiciária da justiça competente para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. A única conclusão a

que se pode chegar é que a Emenda Constitucional determinou que se instituísse o Tribunal do Júri na Justiça Militar estadual, que é a competente para o julgamento dos crimes militares praticados por militares estaduais. Fica muito claro que a finalidade da ressalva foi impedir expressamente que o juiz de direito do juízo militar julgue singularmente os crimes militares dolosos contra a vida cometidos contra civil. Conforme a norma do § 5º do art. 125 da Constituição Federal de 1988, a regra geral é que o juiz de direito do juízo militar julgue singularmente os crimes cometidos contra civil. O dispositivo anterior (§ 4º) excepciona esta regra para preservar a garantia fundamental do Tribunal do Júri.

Com a nova redação dos §§ 4º e 5º do art. 125 da Constituição Federal de 1988, a inconstitucionalidade da nova redação do parágrafo único do art. 9º do CPM e do art. 82, § 2º, do CPPM, ficou ainda mais evidente. Não é juridicamente possível que a Justiça comum julgue crimes militares, posto que tais crimes são da competência da Justiça Militar por expressa previsão constitucional.

Não seria mesmo razoável que a Constituição Federal concedesse à Justiça comum competência para o julgamento de apenas alguns crimes militares, quebrando a harmonia e o tratamento uniforme da competência em razão da matéria que justificam a instituição das Justiças especializadas. Muitos seriam os problemas advindos de uma infeliz repartição de competência.

Veja-se, por exemplo, a hipótese de desclassificação do crime doloso para o culposo no plenário do Tribunal do Júri. Tal desclassificação importaria reconhecimento de incompetência da Justiça comum para o julgamento do crime militar culposo praticado contra civil. Por outro lado, se à Justiça comum fosse concedida a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida do civil, que razão justificaria a preservação da competência da Justiça Militar para o julgamento de outros crimes militares graves igualmente praticados contra civis, como por exemplo o latrocínio? Estas singelas reflexões permitem perceber que a pretendida repartição da competência viola a harmonia do sistema normativo e coloca em xeque a sua racionalidade.

Com acerto, a Emenda Constitucional preserva a competência da Justiça Militar para o julgamento de todos os crimes militares, dolosos ou culposos, contra vítimas civis ou militares.

4. CONCLUSÃO

De todo o exposto, pode-se concluir que a EC n° 45/2004 determinou alteração na Organização Judiciária dos Estados para instituir o Tribunal do Júri na Justiça Militar.

No desenvolvimento dos trabalhos do Tribunal do Júri, o juiz de direito assume a presidência e o julgamento de mérito da pretensão punitiva

deve se dar por conselho de sentença integrado por cidadãos escolhidos conforme as regras do Código de Processo Penal comum, aplicável ao caso por previsão do art. 3º, alínea "a", do CPPM.

A instituição do Tribunal do Júri na Justiça Militar estadual não constitui nenhuma excepcionalidade, posto que este órgão jurisdicional não é privativo da Justiça comum estadual, e também existe na Justiça Comum federal.

Os julgamentos de crimes militares por Tribunal do Júri constituído na Justiça comum estadual são nulos, tendo em vista a incompetência absoluta do órgão jurisdicional em razão da matéria.

(...)"

Para nós, **tecnicamente** perfeito o eminente e culto Magistrado em suas considerações, inclusive quando afirma que “... *os julgamentos de crimes militares por Tribunal do Júri constituído na Justiça comum estadual, são nulos...*”. O único “senão” se apresenta no **plano concreto**, pois decorre da imensa dificuldade de se anular os julgamentos já realizados na Justiça Comum, em que muitos dos condenados a essa altura já se encontram em adiantada fase do cumprimento de suas respectivas penas, o que poderia redundar em insegurança jurídica e no indesejado travancamento do Judiciário.

Desse modo, a melhor solução envolveria a adoção das medidas necessárias no plano legal infraconstitucional, banindo-se do ordenamento, de modo definitivo, os dispositivos criados a partir da edição da Lei nº 9.299/96 e, com eles, os contorcionismos exegéticos e anomalias que até o momento vem sendo praticados.

5. Conclusão

A implantação do Tribunal do Júri na Justiça Militar, *data venia* das opiniões existentes em sentido contrário, é a melhor forma de sanar as imperfeições técnicas aqui citadas, trazer de volta a harmonia do sistema e ao mesmo tempo, contribuir para que a Justiça Militar seja definitivamente reconhecida como órgão democrático, que julga militares e não “para os militares”.

E o momento é oportuno para a inauguração do debate, mormente, nesses dias em que a nossa Democracia já demonstra sinais mais evidentes de maturação. Não há mais espaço para o clímax revanchista de outrora.

A Justiça Castrense, a cada dia, mais e mais, vem mostrando o seu valor.

Digo com absoluta segurança e com base em minha experiência pessoal e profissional como advogado e ex-integrante da Milícia de Tobias, que os que ainda insistem em estigmatizar a Justiça Militar como instituição anacrônica e corporativista é porque, em verdade, não a conhecem.

Ao menos aqui em São Paulo – que é onde mais militamos – a rapidez e eficiência da Justiça Militar não se comparam com a realidade vivenciada pela Justiça Comum, seja ela Estadual ou Federal.

E quanto ao seu suposto corporativismo, não é o que testemunhamos. A proximidade com várias causas também nos mostra que o Tribunal do Júri absolve policiais militares com muito, muito maior frequência, se compararmos aos julgamentos que eram realizados em casos similares, diante dos Conselhos da Justiça Militar.

Basta, para quem disso duvida, perguntar a qualquer policial militar acusado de crime, se prefere ser julgado pela Justiça Militar ou pelo Tribunal do Júri.

A resposta deriva de uma lógica simples e de fácil apreensão, não só pelas estatísticas de absolvição (presentes em maior número em julgamentos pelo Tribunal Popular). Na verdade, o cidadão que atua como jurado, via de regra, realiza um julgamento muito mais moral do que jurídico, onde, por vezes, a vítima é que acaba sendo julgada.

Daí a óbvia preferência dos militares de se verem julgados pelo Tribunal do Júri, principalmente quando o processo criminal tem sua origem no confronto com marginais.

Bradaram os idealizadores do projeto que deu origem à Lei 9.299/96, após a sua publicação: “*Quebramos a espinha dorsal da Justiça Militar*”.

Não é o que se verifica hoje, quase dezesseis anos depois, especialmente frente à ampliação de competência que veio com a Emenda Constitucional nº 45/2004, aqui já tratada.

Por tais razões, de toda essa análise, não nos escapará ao menos um caso prático: O “Caso do Carandiru” é o exemplo de que a medida que tinha por escopo enfraquecer a Justiça Militar, esvaziando sua competência, acabou, paradoxalmente, **por torná-la mais forte e confiável.**

Imaginando-se por um momento que as mudanças promovidas pela Lei nº 9.299/96 não tivessem ocorrido, o que diriam os críticos e opositores da Justiça Castrense, se o episódio da Casa de Detenção, **que está prestes a completar 20 anos (!!!)**, estivesse até hoje, para a quase totalidade de seus envolvidos, **pendente de julgamento em primeira instância?** E o que diriam se o Oficial responsável pelo comando daquela operação – único a ser julgado e condenado em primeira instância a 632 anos de reclusão –, **tivesse sua absolvição prolatada pelo Tribunal de Justiça Militar?**

De fato, há certas coisas que palavras não podem explicar; mas o tempo é senhor de muitas lições!

A todos que, de alguma forma vem contribuindo ao longo desses anos com o trabalho que é realizado no Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, sejam magistrados, promotores, advogados, serventuários, os distintos Oficiais que para lá são convocados – em nome de quem cumprimentamos toda a família policial militar –, a nossa singela homenagem nesse momento histórico, em que comemoramos seu 75º aniversário. **Parabéns!!!**

Direito das Execuções Penais Militares

A execução penal na Justiça Militar do Estado de São Paulo

Questões controversas – apontamentos e jurisprudência

*Fernando Pereira**

Introdução

O Estado de São Paulo conta na estrutura organizacional da Polícia Militar com um estabelecimento prisional destinado ao internamento de Oficiais e Praças condenados pela Justiça ou à sua disposição, denominado de Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”, conforme o estabelecido atualmente no artigo 27 da Lei nº 616, de 17 de dezembro de 1974, que dispõe sobre a organização básica da Polícia Militar do Estado de São Paulo, e no inciso VII do artigo 5º do Decreto nº 55.742, de 27 de abril de 2010, que dispõe sobre a estruturação da Polícia Militar do Estado de São Paulo e dá providências correlatas.

Esse tradicional estabelecimento prisional militar existe oficialmente há aproximadamente sessenta anos e recebeu a denominação de “Romão Gomes” em homenagem ao ilustre militar da então Força Pública, que se destacou no movimento constitucionalista de 1932 e integrava a primeira composição do Tribunal de Justiça Militar quando da sua instalação, em 25 de fevereiro de 1937.

A Constituição do Estado de São Paulo, por sua vez, no seu artigo 81, § 3º, prevê que: “*Os serviços de correição permanente sobre as atividades de Polícia Judiciária Militar e do Presídio Militar serão realizadas pelo juiz de direito do juízo militar designado pelo Tribunal*”.

Em decorrência dessa atividade de correição permanente, as questões relacionadas com a execução penal no tocante aos presos recolhidos ao Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes” são processadas e julgadas, tanto em Primeira quanto em Segunda Instância, no âmbito da Justiça Militar estadual, tendo o presente artigo a finalidade de tratar singelamente de alguns dos temas recentemente apreciados, citando a jurisprudência dos Tribunais Superiores a respeito, sem que necessariamente o aqui exposto traduza o pensamento do Tribunal de Justiça Militar sobre os assuntos abordados.

Aplicação da lei de execução penal na Justiça Militar

Inicialmente mostra-se oportuno dirimir qualquer dúvida ainda eventualmente existente sobre a aplicabilidade da Lei nº 7.210/84 (Lei de Execução Penal - LEP) e

* Juiz do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, Especialista em Direito Penal e Criminologia.

suas alterações posteriores a questões atinentes aos presos recolhidos no Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”.

Se, por um lado, o artigo 6º do Código de Processo Penal Militar (CPPM) excepciona na parte atinente aos processos da Justiça Militar Estadual, as normas ali previstas relacionadas com a execução da sentença, por outro, o parágrafo único do artigo 2º da LEP, ao prever sua aplicação aos presos provisórios e aos condenados pela Justiça Militar apenas quando recolhidos a estabelecimentos sujeitos à jurisdição ordinária, certamente olvidou-se da existência de estabelecimentos penais militares na esfera dos Estados e da exceção já expressa no mencionado artigo 6º do CPPM, imaginando talvez que todos os presos da Justiça Militar, tanto da União quanto dos Estados, cumprissem suas penas exclusivamente em Unidades Militares.

Considerando essa ausência de previsão legislativa, perfeitamente possível a supressão da omissão por intermédio da aplicação da LEP, o que já vem sendo feito há muitos anos na Justiça Militar do Estado de São Paulo.

Nesse sentido posicionou-se, de forma unânime, a Quinta Turma do C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento realizado em 08.11.2011 do *Habeas Corpus* nº 215.765/RS, relatado pelo Ministro *Gilson Dipp*:

CRIMINAL. HABEAS CORPUS. CRIME MILITAR. EXECUÇÃO DA PENA EM ESTABELECIMENTO PENAL MILITAR. PROGRESSÃO DE REGIME. AUSÊNCIA DE PREVISÃO NA LEGISLAÇÃO CASTRENSE. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL NOS CASOS OMISSOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS EXAMINADOS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA.

I. Hipótese em que o paciente, cumprindo pena em estabelecimento militar, busca obter a progressão de regime prisional, tendo o Tribunal a quo negado o direito com fundamento na ausência de previsão na legislação castrense.

II. Em que pese o art. 2º, parágrafo único, da Lei de Execução Penal, indicar a aplicação da lei apenas para militares "quando recolhido a estabelecimento sujeito à jurisdição ordinária", o art. 3º do Código de Processo Penal Militar determina a aplicação da legislação processual penal comum nos casos omissos.

III. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do habeas corpus nº 104.174/RJ, afirmou que a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade no regime integralmente fechado em estabelecimento militar contraria, não só o texto constitucional, como todos os postulados infraconstitucionais atrelados ao princípio da individualização da pena.

IV. Pela observância deste princípio, todos os institutos de direito penal, tais como, progressão de regime, liberdade provisória, conversão de penas, devem ostentar o timbre da estrita personalização, quando de sua concreta aplicabilidade.

V. Deve ser cassado o acórdão combatido para reconhecer o direito do paciente ao benefício da progressão de regime prisional, restabelecendo-se a decisão do Juízo de 1º grau, que verificou a presença dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos por lei e fixou as condições para o cumprimento da pena no regime mais brando.

VI. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

Merece registro o fato de que no citado julgamento do *Habeas Corpus* nº 101.174/RJ pelo E. Supremo Tribunal Federal, realizado em 29.03.2011, que teve decisão unânime proferida pela Segunda Turma, tendo como Relator o Ministro Ayres Brito, o entendimento foi além, consignando a possibilidade da aplicação da LEP mesmo quando a pena esteja sendo cumprida em Unidade Militar, conforme o exposto a seguir:

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL MILITAR. EXECUÇÃO DA PENA. PROGRESSÃO DE REGIME PRISIONAL EM ESTABELECIMENTO MILITAR. POSSIBILIDADE. PROJEÇÃO DA GARANTIA DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA (INCISO XLVI DO ART. 5º DA CF/88). LEI CASTRENSE. OMISSÃO. APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DO CÓDIGO PENAL COMUM E DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. O processo de individualização da pena é um caminhar no rumo da personalização da resposta punitiva do Estado, desenvolvendo-se em três momentos individuados e complementares: o legislativo, o judicial e o executivo. É dizer: a lei comum não tem a força de subtrair do juiz sentenciante o poder-dever de impor ao delinquente a sanção criminal que a ele, juiz, afigurar-se como expressão de um concreto balanceamento ou de uma empírica ponderação de circunstâncias objetivas com protagonizações subjetivas do fato-tipo. Se compete à lei indicar os parâmetros de densificação da garantia constitucional da individualização do castigo, não lhe é permitido se desgarrar do núcleo significativo que exsurge da Constituição: o momento concreto da aplicação da pena privativa da liberdade, seguido do instante igualmente concreto do respectivo cumprimento em recinto penitenciário. Ali, busca da "justa medida" entre a ação criminosa dos sentenciados e reação coativa do estado. Aqui, a mesma procura de uma justa medida, só que no transcurso de uma outra relação de causa e efeito: de uma parte, a resposta crescentemente positiva do encarcerado ao esforço estatal de recuperá-lo para a normalidade do convívio social; de outra banda, a passagem de um regime prisional mais severo para outro menos rigoroso.

2. Os militares, indivíduos que são, não foram excluídos da garantia constitucional da individualização da pena. Digo isso porque, de ordinário, a Constituição Federal de 1988, quando quis tratar por modo diferenciado

os servidores militares, o fez explicitamente. Por ilustração, é o que se contém no inciso LXI do art. 5º do Magno Texto, a saber: "ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada de autoridade judiciária competente, salvo nos casos de transgressão militar ou crime propriamente militar, definidos em lei". Nova amostragem está no preceito de que "não caberá habeas corpus em relação a punições disciplinares militares" (§ 2º do art. 142). Isso sem contar que são proibidas a sindicalização e a greve por parte do militar em serviço ativo, bem como a filiação partidária (incisos IV e V do § 3º do art. 142).

3. De se ver que esse tratamento particularizado decorre do fato de que as Forças Armadas são instituições nacionais regulares e permanentes, organizadas com base na hierarquia e disciplina, destinadas à Defesa da Pátria, garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem (cabeça do art. 142). Regramento singular, esse, que toma em linha de conta as "peculiaridades de suas atividades, inclusive aquelas cumpridas por força de compromissos internacionais e de guerra" (inciso X do art. 142).

4. É de se entender, desse modo, contrária ao texto constitucional a exigência do cumprimento de pena privativa de liberdade sob regime integralmente fechado em estabelecimento militar, seja pelo invocado fundamento da falta de previsão legal na lei especial, seja pela necessidade do resguardo da segurança ou do respeito à hierarquia e à disciplina no âmbito castrense.

5. Ordem parcialmente concedida para determinar ao Juízo da execução penal que promova a avaliação das condições objetivas e subjetivas para progressão de regime prisional, na concreta situação do paciente, e que aplique, para tanto, o Código Penal e a Lei 7.210/1984 naquilo que for omissa a Lei castrense.

Exame Criminológico. Muito embora respeitáveis entendimentos considerem que desde a edição da Lei nº 10.792/03 não é mais possível exigir-se a realização do exame criminológico como condição para progressão de regime, os Tribunais Superiores, há algum tempo, admitem a imposição de tal exigência, desde que por meio de decisão devidamente fundamentada, podendo ser citados a título de exemplo, dentre inúmeros outros, os seguintes julgados:

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. EXAME CRIMINOLÓGICO. LEI 10.792/03. PROGRESSÃO DE REGIME. DECISÃO FUNDAMENTADA. DENEGAÇÃO.

1. A questão de direito tratada neste writ diz respeito à possibilidade de a autoridade judiciária determinar a realização do exame criminológico como requisito para apreciação do pedido de progressão do regime de cumprimento da pena, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal (redação dada pela Lei 10.792/03).

2. Esta Corte tem-se pronunciado no sentido da possibilidade de determinação da realização do exame criminológico "sempre que julgada necessária pelo magistrado competente" (AI-AgR-ED 550735-MG, rel. Min. Celso de Mello, DJ 25.04.2008).

3. O art. 112 da LEP (na redação dada pela Lei 10.792/03) não veda a realização do exame criminológico. No mesmo sentido: HC 96.660/RS, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJe 21.08.2009; e HC 93.848/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, 2ª Turma, DJe 19.12.2008.

4. A magistrada de primeira instância fundamentou suficientemente a decisão, já que, diante da complexidade do caso e da gravidade do delito, julgou necessário o exame criminológico para apreciação do pedido de progressão de regime, nos termos do art. 112 da Lei de Execução Penal.

5. A noção de bom comportamento, tal como prevista no art. 112 da LEP (na redação dada pela Lei 10.792/03), abrange a valoração de elementos que não podem se restringir ao mero atestado de boa conduta carcerária.

6. Habeas corpus denegado. (Habeas Corpus nº 101.050/RS, Relatora Ministra Ellen Gracie, julgado pelo E. Supremo Tribunal Federal em 24.11.2009).

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS. LEI 10.792/03. PROGRESSÃO AO REGIME SEMI-ABERTO. EXAME CRIMINOLÓGICO DISPENSADO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. EXIGÊNCIA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. IMEDIATO RETORNO AO REGIME MAIS SEVERO. NECESSIDADE. PACIENTE FORAGIDO. ORDEM DENEGADA. LIMINAR CASSADA.

1. O advento da Lei 10.792/03 tornou prescindíveis os exames periciais antes exigidos para a concessão da progressão de regime prisional e do livramento condicional, bastando, para os aludidos benefícios, a satisfação dos requisitos objetivo – temporal – e subjetivo – atestado de bom comportamento carcerário, firmado pelo diretor do estabelecimento prisional.

2. O Supremo Tribunal Federal, todavia, no julgamento do HC 88.052/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 28/4/06, afirmou que "Não constitui demasia assinalar; neste ponto, não obstante o advento da Lei nº 10.792/2003, que alterou o art. 112 da LEP – para dele excluir a referência ao exame criminológico –, que nada impede que os magistrados determinem a realização de mencionado exame, quando o entenderem necessário, consideradas as eventuais peculiaridades do caso, desde que o façam, contudo, em decisão adequadamente motivada" (sem grifos no original).

3. A particularização da situação do sentenciado, pela qual se motiva a necessidade da diligência com os indícios sobre a sua personalidade perigosa, extraídos do caso concreto, constitui fundamentação idônea a justificar a realização do exame criminológico.

4. Na hipótese dos autos, não é possível manter o paciente no regime mais brando até a realização do exame criminológico, haja vista que, consoante informado pela autoridade apontada como coatora, ele se encontra foragido, fato que, em tese, constitui falta grave e obsta, por si só, a concessão da benesse.

5. Ordem denegada. Liminar cassada. (Habeas Corpus nº 109.811/SP, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, julgado pelo C. Superior Tribunal de Justiça em 28.10.2008).

Nesse mesmo sentido as decisões proferidas pelo E. Supremo Tribunal Federal: HC 85.693-ED/SP, Rel. Min. Celso de Mello; HC 87.036/RS, Rel. Min. Joaquim Barbosa; HC 87.086/SC, Rel. Min. Joaquim Barbosa; HC 87.283/DF, Rel. Min. Celso de Mello; HC 87.884/SP, Rel. Min. Celso de Mello; HC 88.005/SP, Rel. Min. Celso de Mello; RHC 86.951/RJ, Rel. Min. Ellen Gracie; RHC 88.145/GO, Rel. Min. Celso de Mello; HC 96.660/RS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski; HC 101.050/RS, Rel. Min. Ellen Gracie.

Essas reiteradas decisões motivaram a edição da Súmula nº 439 pelo C. Superior Tribunal de Justiça, com o seguinte enunciado: “Admite-se o exame criminológico pelas peculiaridades do caso, desde que em decisão motivada”.

Exigência do cumprimento de 1/6 da pena para prestação de trabalho externo

O impedimento para a prestação de trabalho externo em razão do sentenciado à pena em regime semiaberto não ter cumprido o mínimo de 1/6 (um sexto) da reprimenda, tem motivado diversas discussões e decisões, uma vez que o texto da LEP não é suficientemente claro ao tratar do assunto.

JÚLIO FABBRINI MIRABETE, na sua obra “Comentários à Lei nº 7.210/84”, Atlas, 1996, 6ª ed., p. 107/108, assim se expressa sobre o tema:

“O trabalho externo é uma atenuação gradativa inserida no regime de execução da pena em estabelecimento fechado, determinando-se ainda se exija do condenado o cumprimento de pelo menos um sexto da pena; (...) Embora na jurisprudência, se tem exigido que, iniciando o condenado o cumprimento da pena em regime semi-aberto, há necessidade também que tenha cumprido um sexto da pena, existe orientação diversa fundada na inexistência de regra expressa a respeito do tempo de cumprimento de pena no regime semi-aberto, deixando a concessão ao prudente critério da oportunidade e conveniência do juiz da execução (...).”

Sustentando o posicionamento da inexistência de regra expressa vedando a autorização para realização de trabalho externo se o sentenciado ainda não cumpriu

1/6 (um sexto) da pena em regime semiaberto, o C. Superior Tribunal de Justiça tem reiteradamente decidido da seguinte forma:

CRIMINAL. HC. EXECUÇÃO. CONDENAÇÃO EM REGIME SEMI-ABERTO. PERMISSÃO DE TRABALHO EXTERNO INDEPENDENTEMENTE DO CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. ORDEM CONCEDIDA.

I – Admite-se o trabalho externo a condenado ao regime semi-aberto, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena, em função das condições pessoais favoráveis verificadas (primariedade, bons antecedentes, residência fixa, família constituída e exercício de ocupação lícita) e diante do critério da razoabilidade que sempre incide na adaptação das normas de execução à realidade social e à sua própria finalidade, ajustando-as ao fato concreto. Precedente.

II – Deve ser permitido que o paciente saia durante o dia para trabalhar, recolhendo-se, à noite, ao estabelecimento prisional, sujeitando-se, por óbvio, às condições impostas pelo Juízo da Execução.

III – Ordem concedida, nos termos do voto do Relator. (Habeas Corpus nº 19.156-MG, julgado em 16.06.03, tendo como Relator o Ministro Gilson Dipp).

EXECUÇÃO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. REGIME SEMI-ABERTO. TRABALHO EXTERNO. CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA. CONDIÇÕES PESSOAIS.

I – Tem prevalecido nesta Corte o entendimento no sentido de que, uma vez demonstradas nos autos as condições pessoais favoráveis ao paciente, deve ser permitido, ao condenado ao regime semi-aberto, o trabalho externo, independentemente do cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena. Precedentes.

II – Inviável nesta estreita via a análise dos requisitos de natureza subjetiva necessários para a concessão do benefício do trabalho externo, por demandar inevitável dilação probatória.

Recurso parcialmente provido, a fim de que o Juízo de Execuções verifique se presentes os demais requisitos (subjetivos) para a concessão da benesse do trabalho externo. (Recurso Ordinário em Habeas Corpus nº 15.345-RS, julgado em 01.04.04, tendo como Relator o Ministro Felix Fischer).

RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO PENAL. REGIME SEMI-ABERTO. TRABALHO EXTERNO. INDEPENDENTEMENTE DO CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS.

1. Admite-se a concessão do trabalho externo a condenado ao regime semi-aberto, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena, em função das condições pessoais favoráveis verificadas, no caso concreto, pelo juízo da execução. Precedentes.

2. Recurso não conhecido. (Recurso Especial nº 633.667-RS, julgado em 10.08.04, tendo como relatora a Ministra Laurita Vaz).

No mesmo sentido o entendimento do falecido Ministro *Hélio Quaglia Barbosa*, que ao proferir seu voto como relator do *Recurso Especial* nº 556.590-DF, em julgamento realizado em 25.08.2004, citou o magistério de JOÃO JOSÉ LEAL, em artigo publicado na Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 46, RT, p. 132/135:

"(...) Se o condenado iniciar o cumprimento da pena em regime semi-aberto e preencher os requisitos de ordem subjetiva (boa conduta social, personalidade sensível à função motivadora da norma penal e compatível com trabalho fora do estabelecimento penal, garantia de trabalho externo lícito e adequado à condição de trabalhador-condenado), cremos que poderá exercer trabalho externo desde os primeiros dias do processo executório penal, sem ter de cumprir um sexto da pena. (...) ao cumprir um sexto de sua pena e apresentar mérito prisional, quando o condenado exercitar o direito subjetivo já não mais será apenas para o trabalho externo em regime semi-aberto, mas para a progressão ao regime aberto, bem mais favorável. Portanto, não tem sentido a exigência desse lapso temporal em relação aos condenados em regime semi-aberto."

Transcorridos cerca de oito anos desde essas manifestações, verifica-se que as dúvidas sobre a questão persistiram ao longo do tempo, tendo, no entanto, o C. Superior Tribunal de Justiça mantido seu sólido entendimento jurisprudencial a respeito desse tema, como pode ser verificado a título de exemplo nos julgados a seguir mencionados:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. ESTUPRO. PACIENTE CONDENADO À RECLUSÃO EM REGIME SEMI-ABERTO. TRABALHO EXTERNO. POSSIBILIDADE. CUMPRIMENTO DE 1/6 (UM SEXTO) DA PENA. DESNECESSIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA.

1. A natureza hedionda do delito, por si só, não constitui fundamento idôneo para o indeferimento à concessão do benefício do trabalho externo.

2. O pacífico entendimento desta Corte, ao contrário do decidido pelo Tribunal local, é no sentido da desnecessidade do cumprimento mínimo da pena para a concessão do benefício do trabalho externo, desde que satisfeitos os demais requisitos necessários, de natureza subjetiva.

3. A apreciação dos requisitos de natureza subjetiva para a concessão da benesse pretendida pelo impetrante encontra óbice nesta via, por demandar, inexoravelmente, dilação probatória.

4. Ordem parcialmente concedida para determinar que o Juízo da Execução Penal (Vara Criminal da Comarca de Plácido de Castro) aprecie a pretensão do paciente, afastado o óbice do requisito objetivo do cumprimento mínimo da reprimenda à qual foi condenado. (Habeas

Corpus n° 65.356-AC, julgado em 09.08.07, tendo como relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO QUALIFICADA. PACIENTE CONDENADO À PENA DE 6 ANOS DE RECLUSÃO EM REGIME SEMI-ABERTO. TRABALHO EXTERNO. POSSIBILIDADE. CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA.

1. Este Superior Tribunal de Justiça consagrou o entendimento de que se admite a concessão de trabalho externo a condenado em regime semi-aberto, independentemente do cumprimento de 1/6 da pena ou de qualquer outro lapso temporal, após a análise criteriosa, pelo Juízo da Execução, das condições pessoais do preso. Precedentes.

2. Em consonância com o parecer ministerial, concede-se a ordem, tão só e apenas para que o Juízo da Execução Penal aprecie o requerimento de trabalho externo, decidindo-o como entender de direito, afastado o óbice do requisito temporal exigido pelo Tribunal Estadual. Agravo Regimental prejudicado. (Habeas Corpus n° 92.320-RS, julgado em 11.03.08, tendo como relator o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho).

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. EX-DELEGADO DE POLÍCIA. TRANSFERÊNCIA DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS (ART. 66, V, “H”, DA LEP). TRABALHO EXTERNO. CONDENADO NO REGIME SEMI-ABERTO. REQUISITO TEMPORAL. INEXIGIBILIDADE. PRISÃO ESPECIAL. ART. 295 DO CPP, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI N° 10.258/2001. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. DESCABIMENTO DE PRISÃO DOMICILIAR.

1. O writ não deve ser conhecido quanto ao pedido de transferência do paciente para estabelecimento prisional mais próximo de seus familiares, visto que a pretensão não foi apreciada em segundo grau, sob pena de supressão de instância.

2. Com efeito, o Tribunal de origem limitou-se a afirmar que compete primeiramente ao Juízo de Execuções Penais avaliar a conveniência da referida medida, visto que o acolhimento do pedido de transferência do preso para presídio próximo de onde residem seus familiares está condicionado à existência de vagas e estabelecimentos adequados, acentuando não constituir direito subjetivo do réu.

3. O Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de ser prescindível, para a concessão de trabalho externo, o cumprimento de um sexto da pena pelo condenado que se encontra no regime semi-aberto, desde que preenchidos também os requisitos subjetivos.

4. *Conforme ditames do artigo 295 do Código de Processo Penal, para observância da garantia à prisão especial basta seja o acusado recolhido em cela distinta das destinadas aos presos comuns.*

5. *A prisão especial que o paciente diz ter direito está sendo respeitada. O local onde se encontra recolhido, diante do que afirmou o Tribunal de origem, é próprio e adequado para abrigar ex-policiais civis e delegados de polícia, e permitir que “as regras do regime semi-aberto sejam cumpridas”.*

6. *Não há motivo, também, para autorização da prisão domiciliar, que só é possível, em caso excepcionais ou na falta de local apropriado para o cumprimento em prisão especial, o que não é o caso dos autos.*

7. *Habeas corpus concedido, em parte, unicamente, para que seja afastado o óbice decorrente da exigência de cumprimento de 1/6 (um sexto) da pena para a concessão do benefício de trabalho externo, devendo as demais condições serem apreciadas pelo Juízo das Execuções Criminais. (Habeas Corpus nº 97.615-SP, julgado em 21.10.08, tendo como relator o Ministro Og Fernandes).*

EXECUÇÃO PENAL. HABEAS CORPUS . ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. REGIME SEMIABERTO. TRABALHO EXTERNO EM EMPRESA PRIVADA. IMPOSSIBILIDADE DE VIGILÂNCIA E FISCALIZAÇÃO DO PODER PÚBLICO. CUMPRIMENTO DE 1/6 DA PENA. DESNECESSIDADE. ORDEM DENEGADA.

1. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que é desnecessário o cumprimento mínimo da pena, de 1/6, para a concessão do benefício do trabalho externo ao condenado a cumprir a reprimenda no regime semiaberto, desde que satisfeitos os demais requisitos necessários, de natureza subjetiva.*

2. *O trabalho externo, no regime fechado e semiaberto, é admitido em obras públicas ou particulares, desde que regido por regras de direito público (art. 35 do CP).*

3. *O trabalho externo em empresa privada afasta o regime público do benefício, de modo que impossibilita um mínimo de vigilância, inerente ao regime prisional fechado e semiaberto, uma vez que se desenvolverá em local onde o Poder Público não poderá exercer o seu dever de fiscalização disciplinar, por ser atividade externa. Precedentes do STJ.*

4. *Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 98.849-SC, julgado em 05.05.09, tendo como relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima).*

HABEAS CORPUS. TRABALHO EXTERNO. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO. EXIGÊNCIA DO CUMPRIMENTO DE 1/6 (UM SEXTO) DA REPRIMENDA. REQUISITO DESNECESSÁRIO. ASPECTO SUBJETIVO. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO PELO TRIBUNAL A QUO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. *A jurisprudência desta Corte consolidou o entendimento de que independentemente do cumprimento do lapso de 1/6 (um sexto), presentes*

as condições pessoais favoráveis, deve ser concedido, ao condenado em regime semiaberto, a autorização para o trabalho externo.

2. Não tendo as instâncias ordinárias se manifestado sobre o preenchimento do requisito subjetivo, não há como este Sodalício decidir sobre a concessão do benefício, sob pena de incorrer supressão de instância.

3. Ordem concedida em parte tão somente para afastar o óbice referente a exigência do cumprimento de 1/6 (um sexto) da reprimenda no modo semiaberto para a concessão do trabalho externo, devendo os demais requisitos serem analisados pelo Juízo das Execuções Criminais. (Habeas Corpus nº 118.678-RJ, julgado em 16.06.09, tendo como relator o Ministro Jorge Mussi). (g.n.)

Diante de todos esses julgados, proferidos ao longo de tão longo período de tempo, difícil se mostra sustentar posicionamento diverso.

A importância do controle sobre a jornada de trabalho do preso e os dias que devem ser considerados de descanso para fins do art. 33 da LEP. O trabalho do preso deve ser visto como uma atividade destinada a permitir a recuperação e a reinserção do sentenciado na sociedade, contribuindo para que possa vir a exercer uma profissão, de forma tal a ter condições, quando do término do cumprimento da pena, de adquirir um meio de subsistência e não ficar ocioso diante da falta de qualificação.

No caso específico do policial militar essa preocupação com a reinserção social passa a ter ainda maior relevância, porque na grande maioria dos casos os sentenciados, em razão de decisões tomadas paralelamente na esfera administrativa, são excluídos das fileiras da Polícia Militar deixando de contar com um emprego estável e que lhes proporcionava as condições de subsistência.

A atividade laboral do preso, no entanto, não pode ser encarada como um meio obsessivo de remição da pena. O interesse do sentenciado em abreviar a sua permanência no estabelecimento prisional pode fazer com que esse trabalho acabe tendo como objetivo primeiro justamente a pretendida remição, razão que justifica plenamente o devido e rigoroso controle a ser exercido na forma e nas condições de desenvolvimento dessa atividade, especialmente quando realizada fora dos horários normais ou em cumprimento de horas-extras.

A legislação não veda o trabalho excepcional, fora dos horários regulamentares, principalmente quando tal atividade é exercida em funções que não podem ser interrompidas, como serviço de limpeza ou cozinha.

Entretanto, o Atestado de Trabalho fornecido para o cálculo de dias para remição deve especificar o exercício da atividade considerada excepcional e sua finalidade, bem como das horas extras apontadas. Nesse sentido a jurisprudência:

HABEAS CORPUS. EXECUÇÃO PENAL. REMIÇÃO. ARTESANATO. LIMPEZA DA PRÓPRIA CELA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO CONTROLE SOBRE AS ATIVIDADES E PERÍODOS SUPOSTAMENTE TRABALHADOS. WRIT DENEGADO.

1. *Para fins de remição, é indispensável a comprovação do órgão da execução penal, a respeito das especificidades das atividades desempenhadas, seus horários e seu papel ressocializador.*
2. *Writ denegado. (Habeas Corpus nº 116.840-MG, julgado em 06.02.09, tendo como relatora a Ministra Jane Silva – Desembargadora convocada do TJ/MG).*

Pretende-se, com isso, evitar abusos na utilização da mão de obra de sentenciados, além da eventual concessão de horas sem a devida comprovação, o que significaria, em última análise, verdadeira redução de pena, sem que se alcançasse a finalidade reabilitadora do trabalho.

Recentemente passou-se a discutir em determinados agravos de execução penal que tramitaram pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo o entendimento que deveria ser dado ao disposto na parte final do “caput” do artigo 33 da LEP, o qual prevê que: “A jornada normal de trabalho não será inferior a 6 (seis) nem superior a 8 (oito) horas, com descanso nos domingos e feriados”. A discussão, diz respeito, mais especificamente, a dúvidas surgidas quanto a se considerar apenas os feriados nacionais ou todos aqueles previstos na legislação.

O posicionamento prevalecente nesse caso foi o de considerar como dias de descanso todos aqueles previstos na legislação como feriados, não apenas os nacionais. Primeiro, porque o art. 33 da LEP não especifica que os referidos dias de descanso seriam apenas aqueles de comemoração de feriados nacionais. Depois, porque a Lei Federal nº 9.093/95, que dispõe sobre feriados, assim se expressa:

Art. 1º São feriados civis:

I - os declarados em lei federal;

II - a data magna do Estado fixada em lei estadual.

III - os dias do início e do término do ano do centenário de fundação do Município, fixados em lei municipal.

Art. 2º São feriados religiosos os dias de guarda, declarados em lei municipal, de acordo com a tradição local e em número não superior a quatro, neste incluída a Sexta-Feira da Paixão.

São considerados *feriados nacionais*, nos termos da Lei Federal nº 10.607/2002, as seguintes datas: 1º de janeiro, 21 de abril, 1º de maio, 7 de setembro, 2 e 15 de novembro e 25 de dezembro.

No *Estado de São Paulo*, o dia 9 de julho é feriado, de acordo com a Lei Estadual nº 9.497/97.

No *município de São Paulo* são feriados, de acordo com a Lei Municipal nº 13.707/04, as seguintes datas: 25 de janeiro (aniversário da cidade); Sexta-feira da Semana Santa (Paixão de Cristo); Corpus Christi; e 20 de novembro (Dia da Consciência Negra).

Policial militar no serviço ativo cumprindo prisão albergue domiciliar

A questão apresentada neste último tópico diz respeito à possibilidade ou não do policial militar no serviço ativo cumprir pena restritiva de liberdade no regime de prisão albergue domiciliar.

Por um lado, preocupante se revela a situação na qual a Administração da Polícia Militar não consiga concluir, com a brevidade necessária, o processo administrativo-disciplinar que obrigatoriamente deve ser instaurado para apurar paralelamente a conduta que motivou a condenação na esfera penal — tenha ela ocorrido na Justiça Militar ou mesmo na Justiça Comum —, definindo mais prontamente se em relação aos referidos fatos o policial militar sofreria no âmbito administrativo alguma sanção de natureza exclusória.

Por outro lado, altamente questionável, diante da não conclusão do processo administrativo-disciplinar, a viabilidade da permanência normal no serviço ativo do policial militar que esteja cumprindo prisão albergue domiciliar.

Até certo tempo não havia maiores dúvidas no que diz respeito à situação funcional dos policiais militares que sofriam condenações, por decisões transitadas em julgado, a penas restritivas de liberdade.

Se a condenação era *igual ou inferior* a 2 (dois) anos a Praça era agregada, o que resultava na sua inatividade temporária, conforme o previsto no artigo 5º, inciso VI, do Decreto-lei nº 260/70, que dispõe sobre a inatividade dos integrantes da Polícia Militar do Estado de São Paulo.

Se a condenação era *superior* a 2 (dois) anos a Praça era demitida “ex-officio”, nos termos do artigo 45, inciso I, do Decreto-lei nº 260/70, em consonância, inclusive, com o contido no artigo 102 do Código Penal Militar.

A partir da promulgação da Constituição de 1988, que por meio do disposto na parte final do § 4º do seu artigo 125 atribuiu ao Tribunal de Justiça Militar a competência para decidir sobre a perda da graduação de praças, algumas decisões judiciais foram proferidas concluindo pela inconstitucionalidade da aplicação do mencionado artigo 45, inciso I, do Decreto-lei nº 260/70, cujo texto foi reproduzido no novo Regulamento Disciplinar da Polícia Militar, instituído pela Lei Complementar nº 893/01, gerando em determinados casos uma indefinição no tocante à exclusão do policial militar em decorrência de condenação.

De qualquer forma, independente da discussão sobre essa questão, o essencial a ser ressaltado é que, ainda que o policial militar não esteja recolhido ao Presídio da Polícia Militar “Romão Gomes”, ao ser beneficiado com a prisão albergue domiciliar não deixa de estar cumprindo uma pena restritiva de liberdade, razão pela qual não deveria estar no serviço ativo da Polícia Militar, cuja missão definida constitucionalmente é a de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública.

Totalmente incompatíveis as situações nas quais um policial militar ao mesmo tempo em que se encontra no serviço ativo da Polícia Militar está cumprindo pena de prisão albergue domiciliar.

De PLÁCIDO E SILVA, na sua obra “*Vocabulário Jurídico*”, Forense, 2006, 26ª ed., p. 725, ao definir o que é *incompatibilidade* ensina que este termo “*quer significar, na terminologia jurídica, a condição ou situação de duas ou mais coisas, que não podem ser unidas ou tratadas juntamente, em face da repulsão ou contrariedade existente entre elas*”, acrescentando a seguir que:

"A incompatibilidade, pois, evidencia a discordância e heterogeneidade havida entre as coisas, de modo que se repelem. E, por esta razão, não podem existir juntamente, porque não se combinam, não se somam. Nem podem ser tratadas ou exercidas juntas. Há impedimento. (...) Quando não é a lei que mostra a existência da incompatibilidade, ela se revela pela diversidade ou contrariedade de interesses ou discordância de finalidade entre duas coisas".

Manter um policial militar no serviço ativo durante o cumprimento de prisão albergue domiciliar, além de resultar em graves prejuízos para a manutenção dos princípios da hierarquia e da disciplina, que foram inseridos na Constituição Federal como base das instituições militares, é medida que vai de encontro ao interesse público.

Nessa conformidade, o inciso VI do artigo 5º do Decreto-lei nº 260/70 deve ser interpretado em consonância com o disposto no artigo 125, § 4º, da Constituição Federal, que por sua vez derogou, em relação às Praças das Polícias Militares, o disposto no artigo 102 do Código Penal Militar, o qual determinava a exclusão automática de quem era condenado a pena superior a dois anos.

Diante disso, a Praça beneficiada com a prisão albergue domiciliar, independente do tempo de condenação, deveria ser agregada, nos termos acima explicitados, situação na qual passaria temporariamente à condição de inativo até que fosse definida pela Administração sua demissão ou expulsão das fileiras da Polícia Militar, ou até o término do cumprimento da sanção penal que lhe foi imposta.

Conclusão

Concluindo este artigo, que procura contribuir singelamente para a difusão e discussão de temas relacionados com a Justiça Militar, em especial no que diz respeito à execução penal, assunto pouco abordado no âmbito desta Justiça especializada, mas que apresenta decisões controversas, sobre matérias ainda carentes de pacificação, como aqui demonstrado, não se mostra possível deixar de aproveitar a oportunidade em que o Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo marca a passagem dos seus setenta e cinco anos de existência para ressaltar a excelência do profícuo trabalho desenvolvido pela Auditoria das Execuções Criminais ao longo de todo esse período.

A execução da pena na Justiça Militar do Estado de São Paulo

*Luiz Alberto Moro Cavalcante**

Na Legislação Castrense, as penas privativas de liberdade não são executadas em forma progressiva, porque no Código Penal Militar não existem os regimes fechado, semiaberto e aberto.

A pena, pelo Código, se de até dois anos de detenção ou de reclusão, é convertida em prisão e cumprida pelo Oficial em recinto de estabelecimento militar (quartel) e pela praça, em estabelecimento penal militar (prisão militar) – Art. 59, I e II, do CPM. Se superior a dois anos, a pena de detenção ou reclusão é cumprida pela praça ou oficial em penitenciária militar e, na falta dessa, em estabelecimento prisional civil, ficando o militar sujeito ao regime conforme a legislação penal comum, de cujos benefícios e concessões, também, poderá gozar (Art. 61 do CPM).

A execução da pena compete ao Juiz da Auditoria por onde correu o processo (Art. 588 do CPPM).

A suspensão condicional da execução da pena (*sursis*) e o livramento condicional são os benefícios previstos no Código Penal Militar (Artigos 84 e 89 do CPM). O Código de Processo Penal Militar, em seus Artigos 643 e 650, disciplina o indulto, a comutação e a anistia, que são benefícios estabelecidos na Constituição Federal. (Artigo 84, XII, Artigo 48, VIII e Artigo 5º, XLIII, da CF).

No Estado de São Paulo, a Lei Estadual nº 2.725, de 17 de agosto de 1954, em seu Artigo 1º, criou como Unidade da então Força Pública do Estado de São Paulo, o **Presídio Militar “Romão Gomes” (PMRG)**, e a Lei Estadual nº 2.939, de 28 de dezembro de 1954, em seu Artigo 6º, estabelece que a administração e funcionamento do Presídio Militar serão regulados pelo Tribunal de Justiça Militar.



* Juiz de Direito das Execuções Criminais da Justiça Militar do Estado de São Paulo.

Localizado atualmente na Invernada do Barro Branco, na Zona Norte da cidade de São Paulo, sua história remonta ao ano de 1927, originalmente denominado “depósito de presos”, instalado na cidade de Presidente Wenceslau/SP. A denominação Presídio Militar “Romão Gomes” é de 21 de abril de 1949, em homenagem ao Coronel “Romão Gomes”, ilustre militar que foi soldado da Força Pública e participou ativamente da revolução constitucionalista de 1932. Bacharel em Direito, tomou posse como primeiro Juiz Militar do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo.

O Decreto nº 28.653, de 11 de junho de 1957, que dispõe sobre a organização do Presídio Militar “Romão Gomes”, em seu artigo 1º estabelece que o Presídio destina-se ao internamento de praças da corporação militar e excepcionalmente de oficiais.

O Regimento Interno do Tribunal de Justiça Militar disciplina, no seu Artigo 276, que o Presídio Militar “Romão Gomes” destina-se ao internamento de oficiais e de praças da Polícia Militar do Estado de São Paulo, para fins de cumprimento de penas privativas de liberdade e medidas de segurança, ou que estiverem à disposição da Justiça, nos termos da legislação em vigor.

O Presídio Militar “Romão Gomes”, como Unidade da Polícia Militar do Estado de São Paulo, é um Quartel administrado e mantido com verba e efetivo da Corporação Militar. Sua manutenção e funcionamento decorrem dos recursos financeiros e meios destinados à Polícia Militar, como organização integrante da Segurança Pública do Estado. É subordinado administrativamente à Corregedoria da Polícia Militar e Judicialmente ao Juiz das Execuções Criminais da Justiça Militar do Estado de São Paulo.

O Presídio Militar “Romão Gomes” tem características de penitenciária militar, de colônia penal agrícola, de colônia penal industrial e de prisão especial, pelo fato de ser um estabelecimento militar (quartel). Por isso, possibilita o cumprimento da pena nos regimes fechado e semiaberto e, também, destina-se aos presos provisórios, policiais e bombeiros militares, oficiais e praças, qualquer que seja o motivo da prisão; a prisão civil, inclusive, decorrente de ação cível.

No entanto, o Presídio Militar “Romão Gomes” não pode receber preso do regime aberto, porquanto não pode ter Casa do Albergado. Primeiro, porque a sua destinação legal é o internamento de policiais militares. Ora, o preso do regime aberto não pode ser internado. Segundo, porque, nos termos do art. 94 da Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, o prédio da Casa do Albergado deve situar-se separado do estabelecimento penal, e caracterizar-se pela ausência de obstáculos físicos. Vê-se, portanto, que não há base legal para que a Polícia Militar mantenha uma Casa do Albergado nas cercanias do Presídio.

Os policiais militares excluídos da Polícia Militar do Estado de São Paulo e os policiais militares de outros Estados da Federação, que receberem ordem de prisão, por condenação ou prisão cautelar, da Justiça comum, não serão recolhidos no PMRG, porque a legislação determina que o Presídio destina-se ao internamento de policiais militares da Corporação Bandeirantes. Nem mesmo se fato motivador da prisão tenha decorrido da atividade policial militar, quando ele ainda fazia parte da Corporação.

O policial militar preso que for excluído da Polícia Militar será transferido para o sistema prisional comum. Para isso, o Comandante do PMRG deve formular pedido ao Juiz Corregedor Permanente e das Execuções Criminais, que oficiará ao

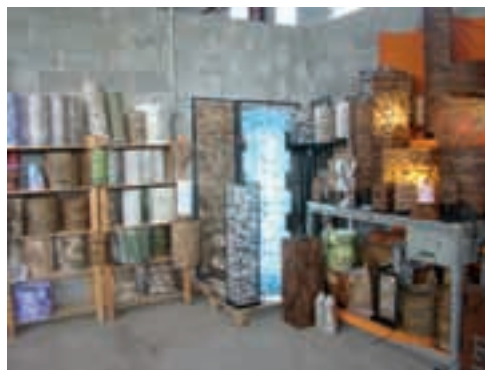
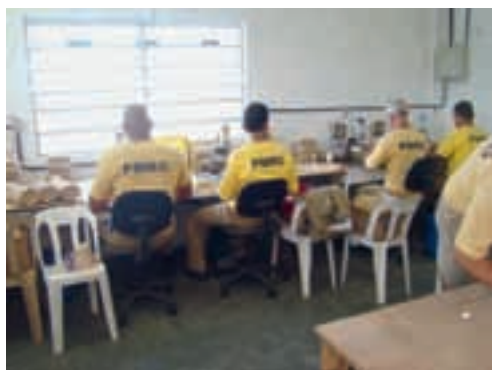
Secretário de Administração Penitenciária do Estado, solicitando vaga. A transferência depende, portanto, da provocação do Comandante e da disponibilidade de vaga pela Secretaria de Administração Penitenciária. Neste caso, este Magistrado, antes de oficiar ao Secretário, deve verificar se há execução criminal em andamento e se há recurso em processamento, porquanto, o recurso deve ser instruído e encaminhado ao tribunal, para que o preso possa ser transferido.

O Presídio Militar “Romão Gomes” ostenta, desde o ano de 2004, a certificação da qualidade ISO:9001, com validade até 2014. Exigindo, a cada novo período, o contínuo aperfeiçoamento de seus processos na busca da excelência da gestão. Seu atual Diretor é o Major PM Daniel Augusto Ramos Ignácio.

A Administração do PMRG, por meio do Setor de Laborterapia, mantém oficinas de trabalho aos internos tais como: marcenaria, serralheria, mecânica e lava-rápido de automóveis, tapeçaria e lavanderia, além de um setor agropecuário, para criação de animais (avicultura, suinocultura, cunicultura e caprinocultura), bem como produção de frutas, verduras, legumes, mel de abelha e própolis, estes, extraídos dos apiários próprios.



O PMRG conta, também, com algumas empresas conveniadas, que contratam a mão de obra do preso, com pagamento mensal de pelo menos um salário mínimo, contribuindo para a sua requalificação profissional e remuneração para o apoio à família.



Um Termo de Cooperação foi celebrado entre a FUNAP – Fundação Prof. Dr. Manoel Pedro Pimentel e o Presídio Militar Romão Gomes, no compartilhamento da tecnologia social, para o desenvolvimento de programas de educação, qualificação profissional, alocação de mão de obra prisional, geração de renda e assistência jurídica, por meio do convênio entre a FUNAP e a Defensoria Pública.



Na Justiça Militar do Estado de São Paulo, em face da existência de Presídio Militar, do elevado número de presos, e do disposto no art. 6º, do Código de Processo Penal Militar, que ressalva a aplicação das normas de execução de sentença nos processos da Justiça Militar Estadual (ver texto abaixo), foi criado pela Lei nº 333, de 8 de julho de 1974, um cargo de Juiz para as execuções criminais das penas impostas aos policiais militares do Estado.

“CPPM, Art. 6º Obedecerão às normas processuais previstas neste Código, no que forem aplicáveis, salvo quanto à organização de Justiça, aos recursos e à execução de sentença, os processos da Justiça Militar Estadual, nos crimes previstos na Lei Penal Militar a que responderem os oficiais e praças das Polícias e dos Corpos de Bombeiros Militares.”

Nada obstante a ressalva prevista no art. 6º, do Código de Processo Penal Militar, o Regimento Interno do Tribunal de Justiça Militar do Estado, em seu Art. 278, determina que **“A execução penal no âmbito da Justiça Militar obedecerá ao disposto na legislação castrense e, no que couber, na Lei de Execução Penal”**.

Acredita-se que o fundamento para a aplicação da Lei de Execução Penal – Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984 - seja o emprego da analogia *in bonam partem*, porque, pela redação do parágrafo único do seu Artigo 2º, ficou claro que o legislador não teve a vontade de abranger os presos militares recolhidos em estabelecimento sujeito à jurisdição militar. Trata-se, pois, da regulação da execução da pena no Presídio Militar pela lei feita para regular a pena em estabelecimento penal civil, em razão da inexistência de norma castrense e da semelhança fática, com supedâneo nos Artigos 12 e 40, do Código Penal.

“CP, Art. 12 - As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.”

“CP, Art. 40 - A legislação especial regulará a matéria prevista nos arts. 38 e 39 deste Código, bem como especificará os deveres e direitos do preso, os critérios para revogação e transferência dos regimes e estabelecerá as infrações disciplinares e correspondentes sanções.”

O Juiz das execuções criminais é o responsável pela correição e regulamentação do Presídio Militar (93 da Lei ° 5.048, de 22 de dezembro de 1958).

O Artigo 81, § 3º, da Constituição do Estado de São Paulo estabelece: *“Os serviços de correição permanente sobre as atividades de polícia judiciária militar e do Presídio Militar Romão Gomes serão realizados pelo Juiz de Direito do Juízo Militar designado pelo Tribunal.”* Portanto, o cargo é de confiança.

Os policiais militares condenados pela Justiça comum também cumprem pena no Presídio Militar “Romão Gomes”. Nesses casos, compete ao Juiz das Execuções Criminais da Justiça Militar executar as penas. Para isso o Juiz solicita à Justiça comum a remessa das guias de recolhimento.

A aplicação da Lei de Execução Penal na Justiça Militar possibilita conceder aos condenados pela prática de crime militar os benefícios não previstos na legislação castrense, como: remição de pena pelo trabalho e pelo estudo, saídas temporárias, saídas para trabalho externo sem vigilância direta e o cumprimento da pena no sistema progressivo - regimes fechado, semiaberto e aberto.

Isto dá a eles os mesmos direitos dos indivíduos condenados pela Justiça comum e facilita a execução das penas, principalmente quando o Juiz das execuções criminais tem que unificar ou somar penas de jurisdições distintas.

Nas sentenças condenatórias da Justiça Militar do Estado, o regime inicial de cumprimento da pena é estabelecido nos termos do art. 33 e §§, do Código Penal.

Apesar da tentativa de dar o mesmo tratamento para fatos equivalentes, ainda existem algumas situações semelhantes que por força de lei recebem tratamentos distintos. Algumas vezes mais rigorosos para os condenados pela prática de crime militar, como no caso do livramento condicional, em que a lei penal militar exige pelo menos o cumprimento de mais da metade da pena para o sentenciado primário e de mais de dois terços ao reincidente (Art. 89 Código Penal Militar) – no Código Penal é um terço e metade, respectivamente (Art. 83); e outras vezes, mais brandos, como nos crimes militares que correspondem às hipóteses definidas na Lei nº 8.072, de 25 de julho de 1990, que dispõe sobre os crimes hediondos, com direito à progressão de regime, com o cumprimento de um sexto da pena (Art. 112 da LEP), e livramento condicional, após o cumprimento de metade da pena, para o primário, enquanto a progressão de regime dos condenados aos crimes hediondos dar-se-á após o cumprimento de 2/5 (dois quintos) da pena, se primário, e de 3/5 (três quintos), se reincidente e o livramento condicional somente é obtido após o cumprimento de dois terços da pena (Art. 83, V, do CP).

Sabe-se que a lei dos crimes hediondos não faz referência aos crimes militares. Aliás, a aplicação desta lei cria dificuldades na execução da pena, principalmente quando o sentenciado tem de cumprir pena de crime hediondo mais pena de crime

não hediondo. A lei de execução penal manda unificar ou somar as penas (Art. 63, III, “a” e Art. 111, Parágrafo único), mas nem sempre isto é possível. A dificuldade aumenta quando é necessário verificar a data em que o condenado passa a ter direito ao livramento condicional. O preso tem de cumprir mais de dois terços da pena do crime hediondo e mais de um terço da pena do outro crime, entretanto, em tese, esta última pena só pode ser executada após o término da mais grave (inteligência dos Artigos 75, § 2º e 76 do CP). A observância rigorosa desta regra anula o benefício para o crime hediondo, o que não é justo e nem é a melhor solução.

Com fundamento no Artigo 6º da Lei nº 2.939, de 28 de dezembro de 1954, c. c. o Artigo 4º do Decreto nº 28.653, de 11 de junho de 1957, o Artigo 93 da Lei nº 5.048, de 22 de dezembro de 1958, e o Artigo 255 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça Militar do Estado (vigente na época, hoje alterado para o Artigo 276), este Magistrado instituiu o Regimento Interno de Execução Penal do Presídio Militar “Romão Gomes”, por meio da Portaria nº 003/04-CECRIM, publicada no Diário Oficial de 30 de dezembro de 2004. O Regimento foi elaborado por uma Comissão de Oficiais da Administração do Presídio e por este Magistrado.

Por meio do referido Regimento, definiu-se:

- as transgressões disciplinares médias e leves e as respectivas sanções, a autoridade competente para aplicá-las, o rito do processo administrativo, os recursos cabíveis e a prescrição;
- os níveis de comportamento carcerário e alterações decorrentes das consequências disciplinares;
- os direitos e deveres dos presos;
- a inclusão, remoção, as saídas temporárias e a libertação;
- os integrantes da Comissão Técnica de Classificação;
- a assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social, religiosa e a garantia dos direitos ao contato externo (correspondência e comunicação);
- o direito a receber visitas, inclusive íntimas;
- o trabalho remunerado e não remunerado, o pecúlio e a remição pelo trabalho;
- o estudo, à distância, inclusive, e a remição pelo estudo;
- os locais de prisão para os regimes fechado, semiaberto, para o preso temporário, preventivo, preso em ação de alimentos, preso com direito a prisão especial etc.

Uma inovação no Regimento foi a criação de três estágios evolutivos, para os presos do regime fechado, objetivando estimular a ressocialização e motivar a disciplina.

O primeiro estágio é executado na Subseção Correcional, que tem estrutura de uma pequena penitenciária de segurança máxima, e caracteriza-se pelas seguintes condições:

- I - segurança externa, por meio de muralhas com passadiço e guaritas guarnecidas por policiais militares, e outros meios eficientes previstos na legislação de execução penal em vigência;
- II - segurança interna que preserve os direitos do preso, a ordem e a disciplina;
- III - acomodação do preso em cela individual ou coletiva;

IV - locais de trabalho, atividades sócio-educativas e culturais, esporte, prática religiosa e visitas, observadas as possibilidades do Presídio.

O *segundo estágio* é executado no prédio da administração e caracteriza-se pelas seguintes condições:

I - segurança externa por meio de muros e alambrados e guaritas guarnecidas por policiais militares, e outros meios adequados previstos na legislação de execução penal em vigência;

II - segurança interna que preserve os direitos do preso, a ordem e a disciplina;

III - acomodação em cela individual ou coletiva;

IV - locais adequados para trabalho, atividades sócio-educativas e culturais, esportes, prática religiosa e visitas, observadas as possibilidades do presídio;

V - trabalho com escolta pessoal e direta, dentro dos limites da área de segurança e guarda externa do Presídio;

VI – trabalho externo somente em serviço ou obras públicas realizadas por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, com escolta pessoal e direta.

O *terceiro estágio* é executado no prédio da administração e caracteriza-se pelas seguintes condições:

I - segurança externa por meio de muros ou alambrados e guaritas guarnecidas por policiais militares, e outros meios adequados previstos na Legislação de Execução Penal em vigência;

II - segurança interna que preserve os direitos do preso, a ordem e a disciplina;

III - acomodação em cela individual ou coletiva;

IV - locais adequados para trabalho, atividades sócio-educativas e culturais, esportes, prática religiosa e visitas, observadas as possibilidades do Presídio;

V - trabalho externo somente em serviços ou obras públicas realizados por órgãos da administração direta ou indireta, ou entidades privadas, desde que tomadas às cautelas contra a fuga e em favor da disciplina;

VI - trabalho sem escolta pessoal e direta, no centro laborterápico do Presídio, situado dentro dos limites da área de segurança e guarda externa do Presídio.

O *regime semiaberto* se caracteriza pelas seguintes condições:

I - segurança externa por meio de muros e guarda externa;

II - local para trabalho interno dentro dos limites da área de segurança e guarda externa do Presídio, que preserve os direitos do preso, a ordem e a disciplina;

III - acomodação em alojamento ou cela individual ou coletiva;

IV - trabalho externo na forma legal;

V - locais internos e externos para atividades sócio-educativas e culturais, esportes, prática religiosa e visitas, conforme dispuser a lei e observadas as possibilidades do Presídio.

À Comissão Técnica de Classificação do Presídio, composta pelo Comandante, Subcomandante, Chefe da Seção Penal, dos Setores de Jurídica e de Remição, de Larboterapia, de Expediente, de Justiça e Disciplina, da Agência de Apoio, de 1 (um) psiquiatra, 1 (um) psicólogo e 1 (um) assistente social, caberá classificar os condenados, segundo seus antecedentes e personalidade, definir a terapêutica penal,

orientar a individualização da execução da pena, elaborar o respectivo programa e acompanhar sua execução. Caberá, ainda, fazer os exames criminológicos para fins de progressão de regime, quando houver determinação judicial.

Para fins da classificação inicial, o preso condenado ao cumprimento de pena em regime fechado será submetido a exame criminológico. Para o condenado ao regime semiaberto, o exame é facultativo.

Exceto no caso de exame criminológico para progressão de regime, a Comissão poderá funcionar sem o psiquiatra.

A Comissão Técnica de Classificação, visando à manutenção da segurança e da disciplina, poderá regredir de estágio o preso do regime fechado; do terceiro para o primeiro estágio, inclusive, se necessário.

O cumprimento da pena no regime aberto é determinado em regime Prisão Albergue Domiciliar, porque no Estado de São Paulo não existe Casa do Albergado. Neste caso, não há participação da Administração do PMRG no procedimento adotado, nem para fiscalizar.

Por ocasião da concessão da *Prisão Albergue Domiciliar*, o Juiz das Execuções Criminais expede alvará de soltura e o preso é colocado em liberdade, assumindo o compromisso de cumprir as seguintes condições:

- permanecer na sua residência, durante o repouso e nos dias de folga;
- sair para o trabalho e retornar nos horários de folga;
- não se ausentar do Estado de São Paulo sem autorização judicial;
- comparecer mensalmente, até o 5º dia útil, neste Juízo para informar e justificar as suas atividades;
- não frequentar casa de jogos, apostas e espetáculos de diversão pública de reputação duvidosa;
- manter ocupação útil;
- não portar objetos ou instrumentos que estejam a servir-lhe como arma;
- não mudar de habitação, sem aviso prévio a este Juízo.

Quando o sentenciado beneficiado com o regime aberto ainda integra a ativa da Polícia Militar, lhe é concedido o direito de portar arma durante o serviço policial militar, porque a arma lhe é um instrumento do trabalho. No entanto, se estiver de folga, mesmo fardado e indo para o trabalho, lhe é vedado o uso da arma. A concessão ao uso da arma decorre da interpretação de que se ele continua na ativa da Corporação é porque a sua conduta, relativa ao crime em que foi condenado, não o tornou incompatível ou desonroso com a função policial militar.

Das decisões proferidas pelo Juiz das Execuções Criminais da Justiça Militar cabe recurso de *agravo*, sem efeito suspensivo, ao Egrégio Tribunal de Justiça Militar do Estado (Art. 197, da Lei de Execução Penal). Os Artigos 137 a 144 do Regimento Interno do Tribunal disciplinam como deve ser instruído, processado e julgado o recurso. Em síntese, o recurso segue o rito do recurso em sentido estrito.

Concluindo, a execução da pena na Justiça Militar do Estado de São Paulo é feita pelas mesmas regras que disciplinam a execução da pena na Justiça comum, que é a Lei de Execução Penal (Lei 7.210/84), adequando-a, observadas as normas do Código penal Militar e do Código de Processo Penal Militar, para os casos de condenação por crime militar.

Direito Cível Militar

Direito administrativo disciplinar, ilicitude e ética

Dalton Abranches Safi*

*Pois, que adianta ao homem
ganhar o mundo inteiro e perder a sua alma?
(Marcos 8:36)¹*

1. Introdução

Neste singelo escrito, temos a intenção de tratar de temas ligados à **sfera administrativo disciplinar**, sobretudo no que tange ao **fenômeno ético**.

E quando nos referimos à esfera administrativo disciplinar, vale dizer que cuidaremos de matérias respeitantes somente ao **poder disciplinar**, o que implica no afastamento de questões atinentes ao poder de polícia, o *police power* do direito estadunidense.

Para melhor esclarecermos a delimitação deste trabalho, citamos precisa lição sobre **poder disciplinar**:

*"Como se sabe, o Estado exerce as suas funções através de seus servidores, que a ele se vinculam debaixo de um determinado regime jurídico. A partir desse regime, e com fundamento nele, dispõe o Estado de uma supremacia especial sobre os seus servidores, em face da qual lhe cumpre, por meio de seus órgãos competentes e respectivos titulares, acompanhar o desempenho de seus servidores e **aferrir a regularidade de suas condutas funcionais**. Percebe-se, destarte, que **os servidores se sujeitam inevitavelmente à ação ou poder disciplinar do Estado**. Com efeito, o direito de o Estado punir o seu servidor decorre do **poder disciplinar**, em virtude do qual a ordem jurídica investe o ente estatal do **poder-dever de apurar as infrações administrativas cometidas por seus servidores com o escopo de responsabilizá-los, aplicando-se-lhes as penalidades disciplinares previstas em lei.**"²*

Relevante consignarmos, ainda, no presente introito, que o texto será elaborado com enfoque não apenas na visão (estrito) jurídica, mas, também, na filosófica.

Passamos, assim, a concretizar as letras cabíveis na abordagem eleita.

* Juiz de Direito Substituto da Justiça Militar do Estado de São Paulo, Bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, Especialista em Direito Público, Professor de Direito.

¹ Sobredita frase inaugura este artigo não em virtude de seu cunho religioso, mas diante da sua significação pujante e arrebatadora.

² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de Direito Administrativo, 10. ed. Salvador: JusPODIVM, 2011, p. 76.

2. Direito administrativo disciplinar, ilicitude e ética

Podemos asseverar, hodiernamente, que o Direito Administrativo Disciplinar é um dos ramos do Direito Administrativo, tendo adquirido, com o passar do tempo, feição e regramentos próprios.

Nessa toada, salienta MAYSABRAHÃO TAVARES VERZOLA que “*hoje, o Direito Administrativo Sancionador é uma subdivisão do Direito Administrativo...*”.³

E é justamente em virtude dessa *subdivisão* que se pode explicar a aplicação de *regramentos* próprios no tocante ao Direito Administrativo Disciplinar.

Dessarte, após alocarmos o Direito Administrativo Disciplinar dentro do ordenamento pátrio, há de nos reportarmos, agora, àquilo que conduz, propriamente, à aplicação da sanção ao agente público, ou seja, o ato ilícito por ele perpetrado.

E referida questão (ilicitude), como não poderia deixar de ser, junte-se ao tema da **ética** (em verdade, **à falta de obediência a princípios éticos por parte do agente público**).

O Professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, em escorreita lição, assim aduz ao aqui tratado quando escreve sobre o princípio da moralidade administrativa:

*“... a Administração e seus agentes têm de atuar na conformidade de princípios éticos...”*⁴ (g.n.)

Dentre os diversos conceitos de ato ilícito, entendemos como interessante mencionar aquele confeccionado por FÁBIO ULHOA COELHO, em sua obra *Para entender Kelsen*, conceito este transcrito no livro de *Heraldo Garcia Vitta*, logo após este autor redigir o que ele próprio entende por ato ilícito:

*“... os atos ilícitos são atos jurídicos, porque têm efeitos jurídicos de acordo com o ordenamento. Se este estipula que determinado ato sofrerá tal ou qual consequência, diante do fato de a norma ter estabelecido como correto (juridicamente) o comportamento oposto, estaremos diante de ilícito. Logo, ilícito 'é o pressuposto do Direito e não a sua negação. Consequentemente, o dever não é senão o comportar-se segundo a conduta oposta àquela sancionada pela norma'.”*⁵ (g.n.)

Ao trabalharmos na linha acima exposta não descuramos de que “*... a maior parte dos autores considera ato jurídico apenas o ato lícito, atendendo ao disposto em nosso Código Civil (arts. 104, II e 185).*”⁶ (g.n.)

³ VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *Sanção no direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 30.

⁴ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 27. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2010, p. 119.

⁵ VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003, p. 27.

⁶ ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 441.

Diante do já expandido, verificamos que a sanção disciplinar passa pela desobediência da moralidade, da probidade, com vilipêndio à ética, tudo por parte daquele indivíduo representante do Estado.

Nesse esteio, vejamos os ensinamentos de BRUNO MIRAGEM, no momento em que também cuida do princípio da moralidade administrativa:

*"A moralidade administrativa como princípio constitucional informativo da Administração Pública constitui espécie de princípio geral abrangente, a incidir tanto na conformação e/ou controle da ação administrativa objetiva da Administração Pública, quanto na imposição de padrões de conduta aos agentes públicos, vinculando-o ao agir de modo honesto, leal e sempre direcionado à realização do interesse público. Do princípio da moralidade administrativa, assim, resulta um dever de probidade a ser observado pelos agentes públicos em geral. Entendido por diversos autores, como forma qualificada da moralidade administrativa, ou ainda como subprincípio desta, a rigor a probidade nada mais é do que desdobramento do princípio da moralidade administrativa. Constitui parte de sua eficácia jurídica ao constituir um dever jurídico de probidade, consiste no 'dever de o funcionário servir a administração com honestidade, procedendo no exercício de suas funções sem aproveitar os poderes ou facilidades delas decorrentes em proveito pessoal ou de outrem a quem queria favorecer'."*⁷ (g.n.)

A professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO pontua, nesse mesmo prumo, que *"a inclusão do princípio da moralidade administrativa na Constituição foi um reflexo da preocupação com a ética na Administração Pública e com o combate à corrupção e à impunidade no setor público."*⁸ (g.n.)

O ato ilícito disciplinar, independentemente da maior ou menor gravidade da conduta comissiva ou omissiva do agente público, fere a ética, palavra tão pequena, mas de conteúdo grandioso.

3. Aprofundamento na ética

No concernente a ética, diversos autores, das mais variadas épocas, procuraram defini-la e inseri-la dentro do contexto, segundo suas concepções, cabível.

Dentre os autores, o alemão *Adolf Friedrich Trendelenburg* apresenta sua teoria mirando sua retina no todo (no todo ético), teoria que foi devidamente tratada por *MARIÁ BROCHADO*:

⁷ MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 286/288.

⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 23. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 817.

"Em sua obra, traduzida para a língua italiana, *Dritto naturale sulla base dell'Ética*, datada de 1860, Adolf Friedrich Trendelenburg começa por distinguir, na primeira parte da obra, três 'lados' do direito: o **lado ético**, o lado físico e o lado lógico. Interessa especificamente a este estudo sobre a **eticidade do direito**... Uma frase sempre citada de Trendelenburg nos guia na compreensão de seu pensamento: 'Convém dissipar entre os alemães um preconceito comum, segundo o qual cada filósofo deve recomeçar o trabalho e encontrar o princípio da filosofia. O princípio da filosofia já foi achado: é a concepção orgânica do universo inaugurada por Platão e Aristóteles. Cumpre-nos meditar os seus princípios fundamentais, analisar-lhes cada uma das partes, desenvolvê-las e aperfeiçoá-las mediante um comércio permanente com as ciências da observação.' Por desenvolver uma compreensão orgânica da filosofia, Trendelenburg normalmente é considerado neo-aristotélico, avesso às doutrinas idealistas de Kant e especialmente de Hegel. Seu pensamento jurídico desenvolve-se dentro dos domínios do que ele considera o **todo ético**. (...) Similarmente ao projeto platônico de transposição da configuração da alma humana em suas partes para a estratificação do Estado (República), Trendelenburg ensaia uma compreensão orgânica do **mundo ético**, tal como a organicidade do mundo físico, sendo este **organismo ético** estruturado em **três formas ideais**: o **bem supremo**, concebido por ele como a realização universal do homem ideal; a **virtude**, atividade individual livremente usada no sentido da ideia ética; e o **dever**, que são as limitações que a atividade individual se impõe, para que o organismo com seus fins universais e as partes com seus fins particulares possam reciprocamente conservar-se. Veja-se como Trendelenburg concebe organicamente o mundo moral, tomando o cumprimento dos deveres como limitações impostas às partes que compõem essa organicidade, para que sobrevivam o todo e as partes. Nesta concepção corporativa (de conservação), Trendelenburg encontrará uma identidade para o direito, encaixado no **todo ético**. O autor alemão **define Ética como a realização objetiva da ideia universal da essência humana uniformemente na psicologia, considerando a moral e o direito o lado subjetivo dessa realização**. A moral é o campo subjetivo interno (vontade, intenção, consciência), o direito, o campo subjetivo externo (ação, relações, coexistência). O limite entre ambos é de difícil determinação, pois depende principalmente **do grau da cultura, do sentimento religioso e das condições materiais do povo**. Esses limites são **instáveis e seguem o progresso da consciência intelectual, moral e jurídica da humanidade**. De qualquer modo, **o direito prescreve normas de vida em comum, uniformes nos fins éticos, nascendo a coação da possibilidade natural de violação desse tipo de normas.**"⁹ (g.n.)

⁹ BROCHADO, Mariá. *Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy Editora,

Apesar da inegável contribuição de *Trendelenburg*, concordamos com a crítica aposta no livro de **MARIÁ BROCHADO**, posto que o pensamento do autor alemão não se centra no sujeito, no indivíduo:

“Como dá primazia ao todo e não às partes que efetivamente o formam, a filosofia do direito de Trendelenburg é interpretada por Mata Machado como neoplatônica e não neo-aristotélica, como normalmente é considerada. Isso porque Aristóteles não admite o totalismo platônico em sua concepção do bem, pois que não é o bem em si (subsistente) que deve ser considerado pela Ética, mas o bem em suas relações com o homem. A Ética de Aristóteles dá primazia à pessoa, e não à ideia, pois a pessoa é real e nela se situa o bem; o médico estuda a saúde de um homem particular, o indivíduo que ele tem que curar, e não a saúde em si. Em suma, por ter se preocupado Trendelenburg em perscrutar a essência do todo ético, e não dos sujeitos éticos, logo de uma abstração ou ideia (pois reais são as partes), é que Mata Machado encontra razão para o considerar platônico e não aristotélico. Apesar de ser referido ao neo-aristotelismo, e em princípio avesso ao idealismo hegeliano, o pensamento de Trendelenburg encontra similaridade na formação idealista de Karl Christian Fiedrich Krause, responsável pela introdução do idealismo alemão em Portugal, por meio dos escritos de seu discípulo Henri Ahrens, no século XIX, antes da influência do positivismo de Comte e Spencer.”¹⁰

Do acima aludido, asseveramos, de nossa parte, que **é com lastro no sujeito específico (“in casu”, em agente público determinado) e no caso concreto a ele afeto, que deve ser analisada, por meio do devido processo legal, a configuração ou não da transgressão disciplinar (o desrespeito ou não a ética).**

Com efeito, entendemos que o atendimento dos **princípios éticos** deve ser mais firmemente realizado pelo agente público, indivíduo, como já consignado, representante do Estado, entidade que apenas existe para servir o titular do Poder (que nos Estados Democráticos, como o nosso, é o povo).

Em caso de não cumprimento de tais princípios, a conduta do agente público deve ser apreciada, como já aludido, por meio de um processo respeitador das garantias constitucionais, legais e infralegais (devido processo legal), cabendo, ao final do feito, se o caso, a decretação de sanção disciplinar a ser eleita com base em critérios razoáveis e proporcionais.

Importante dizermos que este texto, dada a sua (curta) extensão e singeleza, não se preocupou em estabelecer certas diferenciações, como, “*exempli gratia*”, entre a ética (origem grega) e a moral (origem latina).

Também não cuidamos no presente (ao menos não diretamente) de excelente e instigante tema referente à teoria do mínimo ético e novel proposta/releitura em tal

2006, p. 41/43.

¹⁰ Ob. cit., p. 51/52.

campo com a teoria do máximo ético (sobredito temático, em verdade, comporta, de si e de “per si”, a lavratura de um texto à parte).

A intenção do trabalho em comento, como se observa, é a de tratar da **necessidade do comportamento ético por parte do agente público e do consequente apuratório transgressional em caso desvio comportamental.**

Nesse espectro, diga-se que o agente público possui, inexoravelmente, o **livre arbítrio**, o **poder de escolha** para agir num ou noutro sentido.

Por logicidade, **o caminho que resolva trilhar dar-lhe-á sabor ou dissabor vindouro.**

Nesse terreno (do **livre arbítrio**, do **poder de escolha**), oportunas são as palavras de EDUARDO CARLOS BIANCA BITTAR e de GUILHERME ASSIS DE ALMEIDA:

"E, quando se trata de pensar a ética, trata-se de evidenciar a raiz de onde tudo provém, a sede das tormentas e das soluções sociais: o comportamento humano. De fato, não bastasse o termo ethos (g.r., hábito) já revelar esse sentido, a reflexão ética se propõe exatamente a colocar-se atenta ao entrelaçamento profundamente humano das ações intersubjetivas e das intenções intrassubjetivas. Agir eticamente implica decisão. Para que se decida é necessária prévia deliberação (boulesis), prévio processo mental de sopesamento de meios e fins. É nesta balança que entram as aflições do bom e do mau, do justo e do injusto, do certo ou errado. Se não existisse dúvida, se as leis morais fossem presididas por imperativos absolutos e naturais, se não houvesse espaço para o livre-arbítrio e tudo fosse nada mais que mera extensão da 'vontade divina' (pura heteronomia), não haveria espaço para a manifestação do bem ou do mal existente no interior de cada um. Não haveria ética num mundo totalmente determinado pelo destino (natural, divino, casual). Por isso, sempre quando se fala em ética se está a falar em liberdade e em responsabilidade. A capacidade de correlacionar a esfera íntima de minha liberdade de autodeterminação (ficar ou não no emprego, aceitar ou não a propina, corroborar ou não esta decisão, pagar ou não o oficial de justiça, propagandear ou não esta ideia...) e a responsabilidade sobre a esfera exterior dos resultados de minha ação (prejudicar um amigo, trair uma causa, corromper o poder, desestabilizar o poder...) tem a ver com capacidade ética desenvolvida por indivíduos dotados de phronesis, prudência, na leitura aristotélica. É sempre dentro de uma conjuntura, consideradas as pressões existentes, os riscos envolvidos, a complexidade das relações atreladas à situação, que se verifica o momento decisório, que significa o exercício do ato da escolha. Toda ação ética implica escolha. Neste sentido, a escolha 'é uma espécie de salto. Salto absoluto porque não se pode voltar atrás.' Todo ato individual é absolutamente autêntico, na medida em que reúne em torno de si reflexão prévia, liberdade de agir e responsabilidade assumida pelas consequências do

*ato. É do conjunto destes saltos que me faço a mim, que determino meu percurso existencial e, exatamente por isso, neste processo, me torno autor da minha própria condição...".*¹¹

4. Conclusão

Aquele que se predispôs a servir a sociedade, a prestar um serviço de caráter público, qualquer que seja, deve caminhar por vias escorregitas.

Caso assim não proceda, responderá a um devido processo legal, tanto em seu sentido substantivo (ou material), quanto em seu caráter adjetivo (ou formal).

Em síntese, salientamos que as seguintes frases de *Mahatma Gandhi*¹² traduzem, sensivelmente, o espírito que procuramos tratar no bailado: 1ª) *A dignidade pessoal e a honra, não podem ser protegidas por outros, devem ser zeladas pelo indivíduo em particular.* 2ª) *Só engrandecemos o nosso direito à vida cumprindo o nosso dever de cidadãos do mundo.* 3ª) *O futuro dependerá daquilo que fazemos no presente.* 4ª) *Faça da tua vida um reflexo da sociedade que desejas.*

No enfeixe, gostaríamos de parabenizar não a Justiça Militar Paulista em si, pelos seus 75 (setenta e cinco) anos de existência, mas sim todos aqueles que contribuíram e/ou que ainda contribuem para a formação e aprimoramento desta Casa de Justiça.

Referências bibliográficas

- ARAÚJO, Edmir Netto de. *Curso de Direito Administrativo*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.
- BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2009.
- BROCHADO, Mariá. *Direito e ética: a eticidade do fenômeno jurídico*. São Paulo: Landy Editora, 2006.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Administrativo*, 10ª ed., Salvador: JusPODIVM, 2011.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, 23ª ed., São Paulo: Atlas, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*, 27ª ed., São Paulo: Malheiros Editores, 2010.
- MIRAGEM, Bruno. *A nova administração pública e o direito administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- VERZOLA, Maysa Abrahão Tavares. *Sanção no direito administrativo*. São Paulo: Saraiva, 2011.
- VITTA, Heraldo Garcia. *A sanção no direito administrativo*. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

¹¹ BITTAR, Eduardo Carlos Bianca e ALMEIDA, Guilherme Assis de. *Curso de Filosofia do Direito*, 7ª ed., São Paulo: Atlas, 2009, p. 530.

¹² O foco, na espécie, ocorre no que tangue às frases em si, sem que as prenda a caráter religioso.

A aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade nas punições disciplinares militares e análise do mérito administrativo pelo Judiciário Militar

*Eliezer Pereira Martins**

SUMÁRIO: 1. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade na Administração Pública – Fundamentos; 2. Concepções de razoabilidade; 3. Razoabilidade e proporcionalidade – relação e concepção pragmática no direito pátrio; 4. Princípios da Administração Pública e princípios de direito administrativo; 5. Posição da razoabilidade e proporcionalidade na classificação dos princípios da Administração Pública; 6. Discricionariedade/vinculação – razoabilidade/proporcionalidade no direito administrativo democrático; 7. Natureza jurídica do ato punitivo derivado do processo administrativo disciplinar; 8. A aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade nas punições disciplinares militares; 9. Mérito administrativo – noção; 10. Discricionariedade e arbitrariedade; 11. Forma e finalidade do ato discricionário; 12. Teoria dos motivos determinantes; 13. Intangibilidade do mérito administrativo; 14. Controle do atributo discricionário (relatividade do atributo discricionário); 15. Adequação objetiva – impossibilidade de afastamento de decisão administrativa razoável e proporcional; 16. Controle judiciário do poder disciplinar; 17. Análise do mérito administrativo pelo Judiciário militar – Fundamentos constitucionais e teóricos; 18. Análise do mérito administrativo pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo; 19. Conclusões.

1. Princípios da razoabilidade e proporcionalidade na Administração Pública - Fundamentos

Enuncia-se com a razoabilidade que a Administração, ao atuar no exercício de discricionariedade (hipótese em que a lei outorga ao administrador público liberdade de escolha da opção, dentre as possíveis, que melhor atenda ao interesse público), terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida¹.

Assim, o princípio da razoabilidade somente tem aplicação onde exista discricionariedade.

* Advogado militante na Justiça Militar do Estado de São Paulo, Professor de pós-graduação em Direito Militar

¹ Bandeira de Mello, Curso de Direito Administrativo, p. 66

ALEXANDRE ARAÚJO COSTA² esclarece:

No caso dos atos plenamente vinculados, há apenas uma opção juridicamente possível ao administrador e, por isso, cabe ao juiz efetuar apenas um controle formal de legalidade, verificando apenas se o administrador implementou ou não o ato que a lei previa. Não há, portanto, julgamento subjetivo a ser avaliado.

CÁSSIO MACHADO CAVALLI³, citando Gino Scaccia, afirma que:

O vocábulo razoabilidade é relacionado à noção de razoável, termo, esse, de grande abertura semântica. Assim, na linguagem coloquial, pode significar conforme à razão, moderado, harmônico, comedido, aceitável, adequado, justo, legítimo, proporcional, ponderado, sensato, etc. Ou seja, a dimensão semântica do termo “mostra uma densa ambiguidade, porque fixa suas próprias raízes em um humus linguístico inadequado à determinação de uma unitária esfera de significado.

Em direito, razoabilidade evoca significados não menos indeterminados e equívocos, e, no contexto linguístico do direito constitucional, a obscuridade do termo não diminui, pois “a linguagem jurídica, por utilizar-se da linguagem natural, é marcada pela vaguidade e ambiguidade de seus termos, fenômeno que se verifica claramente na análise das diferentes concepções e aplicações do princípio da razoabilidade.” Assim, afirma-se que o dever de razoabilidade é ‘mais fácil de ser sentido do que conceituado, o princípio se dilui em um conjunto de proposições que não o libertam de uma dimensão excessivamente subjetiva’. Ou seja, há dificuldade em afirmar-se critérios claros de argumentação que justifiquem e facilitem o controle intersubjetivo da utilização da razoabilidade, paradoxalmente quando a própria razoabilidade é relacionada aos “processos da argumentação racional e os seus resultados (e, nesse sentido, é razoável o que é provido de razão, mas igual adjetivação acompanha também um discurso que persuade pela validade dos argumentos sustentados).

As competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado, para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Daí falar-se no princípio da proporcionalidade.

² Costa, Alexandre Araújo. O controle da razoabilidade no direito comparado. In : www.arcos.com.br.

³ A COMPREENSÃO JURÍDICA DO DEVER DE RAZOABILIDADE, Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 50 | p. 220 | Jan / 2005

Acerca dos princípios aqui estudados, DIRLEY DA CUNHA JR⁴, filiando-se à corrente que entende que razoabilidade e proporcionalidade são conceitos equivalentes afirma:

Utilizado, habitualmente, para aferir a legitimidade das restrições de direitos, o princípio da proporcionalidade ou da razoabilidade, consubstancia, em essência, uma pauta de natureza axiológica que emana diretamente das ideias de justiça, equidade, bom senso, prudência, moderação, justa medida, proibição de excesso, direito justo e valores afins; precede e condiciona a positividade jurídica, inclusive a de nível constitucional [...] Assim, aplicado o princípio em tela à Administração Pública, impõe-se que as entidades, os órgãos e agentes públicos, no desempenho das funções administrativas, adotem meios que, para a realização de seus fins, revelem-se adequados, necessários e proporcionais. Um meio é adequado se logra promover, com sucesso, o fim desejado; é necessário se, entre os meios igualmente adequados, apresentar-se como o menos restritivo a um direito fundamental; e, finalmente, é proporcional em sentido estrito se as vantagens que propicia superam as desvantagens causadas.

PAULO BONAVIDES⁵ cuidando da proporcionalidade afirma que “em se tratando de princípio vivo, elástico, prestante, protege ele o cidadão contra os excessos do Estado e serve de escudo à defesa dos direitos e liberdades constitucionais”.

2. Concepções de razoabilidade

A doutrina tem destacado a razoabilidade em duas concepções: Razoabilidade como devido processo legal e razoabilidade como proporcionalidade.

Cuidando da razoabilidade como devido processo legal CÁSSIO MACHADO CAVALLI⁶ afirma:

(...) 'A parcela da doutrina que recorre ao direito norte-americano para compreender a razoabilidade é uníssona em enfatizar sua origem e função de “coibir os desmandos do Poder Público não somente quanto a sua estética processual, mas também quanto ao seu conteúdo, quanto à substância do ato estatal’. Nesse sentido, a razoabilidade encontra suas raízes na origem do devido processo legal anglo-saxão, que remonta à cláusula law of the land, inscrita na Magna Carta, de 1.215, a qual, modernamente, desdobra-se na cláusula do due process of law, presente nas 5.^a (due process of law) e 14.^a (equal protection

⁴ Cunha Jr. Dirlei da, Curso de direito administrativo. 8ª ed. Salvador: Podium, 2010, p.49-50.

⁵ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional, 2010, p. 434.

⁶ Idem | vol. 50 | p. 220 | Jan / 2005

clause) emendas à Constituição norte-americana.^{36A} verificação dessas cláusulas, nos Estados Unidos, é 'amplamente utilizada para a proteção dos direitos individuais e se associa sempre a um problema de compreensão de direitos fundamentais; mas não se aplica à legislação econômico-social'.

Referindo-se à razoabilidade como proporcionalidade CAVALLI⁷ enfatiza:

O denominado princípio da proporcionalidade, ao qual frequentemente associa-se a razoabilidade, surgiu no âmbito do direito administrativo alemão, como meio de limitação do poder da administração, para somente após migrar para o direito constitucional. Isso em razão da concepção segundo a qual o poder conferido ao legislador era ilimitado dentro dos parâmetros formais impostos pela Constituição. O administrador, ao contrário, estava sujeito ao princípio da reserva da lei, no sentido de que o ato administrativo que “imponha alguma restrição ou ônus ao particular depende, para sua validade, de um fundamento legal.” Em razão da II Guerra Mundial, com a afirmação de regimes totalitaristas, “os juristas se deram conta de que existem leis injustas”, razão pela qual passou-se a limitar o poder de legislar, pois ‘a legislação formalmente perfeita e editada conforme as regras procedimentais previstas no ordenamento jurídico poderia estar em tamanha contradição com a ideia de justiça que perderia completamente a sua vinculatividade’. Ou seja, o “legislador passou a ter sua atuação aferida a partir do parâmetro representado pelos direitos fundamentais constitucionalmente assegurados”. Assim, evoluiu-se do princípio da reserva legal para “o princípio da ‘reserva da lei proporcional’”. Esse princípio significa que o legislador está adstrito aos direitos fundamentais, no sentido de que há um controle da medida em que os direitos fundamentais serão restringidos na busca de determinados fins e um controle dos meios para atingir-se determinados fins. Assim, a “proporcionalidade com a função de estabelecer limites à atividade estatal e de garantir ao máximo a liberdade dos cidadãos pressupõe, de um lado, a existência mesma do Estado e, de outro, a garantia de direitos individuais.” “No momento em que se reconheceu o princípio da reserva legal como sendo o da reserva da lei proporcional, passou a ser admitida a possibilidade de impugnação e eliminação, não apenas das medidas administrativas desproporcionais, mas também das leis que, ofensivas à relação entre os meios e os fins, estabelecem restrições aos direitos fundamentais.

⁷ Ibidem | vol. 50 | p. 220 | Jan / 2005

3. Razoabilidade e proporcionalidade – relação e concepção pragmática no direito pátrio

O denominado princípio da Administração Pública da proporcionalidade não é senão o princípio da razoabilidade em sua manifestação quantitativa e de intensidade.

Assim é que a proporcionalidade somente se qualifica como princípio autônomo pela conveniência de se destacar a razoabilidade (ou sua falta), nas expressões de magnitude e/ou intensidade do ato.

CELSON ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁸ acentua tal relação de coerência ao ressaltar que “em rigor, o princípio da proporcionalidade não é senão faceta ao princípio da razoabilidade”.

SUZANA DE TOLEDO BARROS⁹ iguala ambos os conceitos, nos seguintes termos: “O princípio da proporcionalidade, (...) como uma construção dogmática dos alemães, corresponde a nada mais do que o princípio da razoabilidade dos norte-americanos”.

4. Princípios da Administração Pública e princípios de direito administrativo

Confusão corrente na doutrina e, em certa medida na legislação, é a que diz respeito aos princípios da Administração Pública e aqueles incidentes sobre o direito administrativo.

Alguns autores não distinguem princípios de Administração Pública de princípios jurídicos incidentes sobre o regime jurídico aplicável à Administração; outros ainda, embora intentem distinguir as noções, não o fazem de forma sistemática e compreensível.

Quando cuidamos dos princípios da Administração Pública, estamos aludindo a princípios pertencentes ao âmbito da ciência da Administração e não a princípios jurídicos. Os princípios da Administração Pública são ordenadores básicos da atividade administrativa, orientados diretamente à atuação do administrador e que estão expressos no art. 37 da Constituição Federal: legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade, eficiência e, também, elencados assistematicamente na Lei Maior (razoabilidade, economicidade, motivação etc.).

O art. 2º da Lei n.º 9.784, de 29 de janeiro de 1999 que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal estabelece que a Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade,

⁸ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo, cit, p. 93.

⁹ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, p. 57 (grifos originais suprimidos, grifos acrescentados). No mesmo sentido, cf. Paulo Arminio Tavares Buechele, O princípio da proporcionalidade e a interpretação da Constituição, p. 137: “Nos Estados Unidos, onde é denominado Princípio da Razoabilidade, o Princípio da Proporcionalidade foi fruto da grande liberdade de criação do Direito que o sistema federal-republicano norte-americano concede, até hoje, aos seus juízes”. No mesmo sentido, cf. Ada Pellegrini Grinover, Liberdades públicas e processo penal, p. 151.

finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência.

O art. 4º da Lei Estadual Paulista n.º 10.177, de 30 de dezembro de 1998 (regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual), por sua vez, estabelece que a Administração Pública atuará em obediência aos princípios da legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade, razoabilidade, finalidade, interesse público e motivação dos atos administrativos.

Embora explicitados ou decorrentes de textos legais (constituição, leis complementares, ordinárias etc), tais princípios são de administração. Em outras palavras, a previsão em lei não altera sua natureza e tampouco permite sejam eles confundidos com princípios jurídicos - são princípios de ciência de Administração.

5. Posição da razoabilidade e proporcionalidade na classificação dos princípios da Administração Pública

Os princípios da Administração Pública classificam-se em fundamentais e decorrentes.

Dizem-se fundamentais aqueles explicitados no caput do art. 37 da Constituição da República. São eles: *legalidade, moralidade, impessoalidade, publicidade e eficiência*.

Os princípios fundamentais da Administração Pública são, assim, princípios constitucionais, visto que dispostos na Constituição da República, embora não sejam os únicos destinados a reger o aparelho administrativo, como veremos adiante.

Aplicam-se indistintamente à Administração Pública direta e indireta e bem assim a quaisquer dos poderes da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios.

Decorrentes são os princípios da Administração Pública que derivam expressa ou implicitamente da Constituição e das leis, porém, fora do âmbito da explicitação do *caput* do art. 37 da Constituição Federal.

Assim, há princípios decorrentes de índole constitucional (porque previstos no texto da Constituição Federal), princípios decorrentes de índole infraconstitucional (porque previstos em normas infraconstitucionais) e princípios decorrentes de índole doutrinária ou jurisprudencial (porque decorrentes da doutrina e da jurisprudência).

Tais princípios são também princípios de ciência de administração, que especificam o campo da Administração Pública, embora possam resvalar em aspectos de juridicidade.

São decorrentes os princípios da finalidade; interesse público; economicidade; participação do cidadão na Administração Pública; motivação; devido processo legal (*due process of law*); ampla defesa e contraditório; segurança jurídica; controle judicial dos atos administrativos; responsabilidade do Estado por atos administrativos e, os que nos interessam no presente estudo: *a razoabilidade e proporcionalidade*.

Em síntese a razoabilidade e proporcionalidade são princípios da Administração Pública decorrentes da lei e da doutrina.

6. Discricionariedade/vinculação – razoabilidade/proporcionalidade no direito administrativo democrático

Estabelecido que a aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade somente se admite no âmbito dos denominados atos discricionários, cumpre investigar qual a noção mais precisa de discricionariedade sob os influxos do direito administrativo democrático.

Quando se cuida da discricionariedade e da vinculação dos atos administrativos, o que se investiga em última análise é o grau de liberdade de opção concedida pela lei ao Administrador público.

Ato administrativo vinculado é aquele que está predeterminado pela lei, razão pela qual também se denomina “ato administrativo regrado”.

Nos atos administrativos vinculados (regrados), a lei enuncia o modo, o conteúdo, o tempo e a forma do ato, não podendo a Administração Pública desobedecer às especificações legais.

Ato discricionário é aquele no qual a lei dá à Administração Pública a liberdade de escolha da oportunidade e da conveniência do modo, do conteúdo e do tempo do ato.

O ato administrativo discricionário é condicionado pela lei quanto à competência, à forma e à finalidade. Pelo exposto, verifica-se que a Administração Pública está subordinada à lei tanto nos atos regrados como nos discricionários, porém, nos regrados, a subordinação é restrita, ao passo que nos discricionários é a própria lei que lhe permite (à Administração) optar por várias soluções que ficam a critério do administrador público em contato com a realidade.

A discricionariedade, portanto, é a possibilidade conferida à Administração Pública para assegurar, de forma eficiente, eficaz e efetiva, os meios realizadores dos fins a que se propõe. A discricionariedade tem de ser interpretada em sentido restrito e utilizada com a máxima prudência e parcimônia.

Em outras palavras, a discricionariedade é a liberdade regrada outorgada ao administrador público, para que dentre as diversas hipóteses que se lhe colocam, eleja sempre aquela que melhor atenda ao interesse público primário, razão pela qual se estrutura o controle de mérito, como expressão de controle técnico exclusivo da administração, sobre a conveniência e a oportunidade do ato administrativo.

Assim, lato sensu, a discricionariedade é poder subjetivo, liberdade de opção, decisão e ação no âmbito da lei e, portanto, facultada, aberta e regrada pela lei.

No direito administrativo democrático não se fala em discricionariedade, mas sim em graus de vinculação, dado que em verdade todo ato administrativo é mais ou menos regrado, sempre de alguma forma vinculado aos imperativos da lei e do interesse público. Assim, numa nova concepção da discricionariedade, a liberdade que se outorga ao administrador público, mais do que um poder, é um dever, múnus, encargo; daí afastar-se a postura imperial do administrador público que decide sem amarras ao seu alvedrio e em franco desatendimento ao interesse público primário.

Corolário do quanto aqui afirmado é a constatação de que os atos administrativos discricionários (leia-se de baixo grau de vinculação), para que atinjam as finalidades a que se preordenam devem necessariamente expressar racionalidade (razoabilidade) e adequação nos planos quantitativo e de intensidade (proporcionalidade).

7. Natureza jurídica do ato punitivo derivado do processo administrativo disciplinar

O ato administrativo punitivo de natureza disciplinar é de baixo grau de vinculação (discricionário)¹⁰. Deriva do processo administrativo disciplinar e, por tal motivo, está condicionado pelos elementos ali coligidos (no processo).

O ato administrativo disciplinar preordena-se à imposição da sanção disciplinar, e esta última, como espécie do gênero “pena”, tem finalidade retributiva; de reeducação funcional (sanção não demissória) ou reeducação social (sanção demissória); e ainda de prevenção geral e especial, sendo certo que a finalidade retributiva só se justifica quando acompanhada em maior ou menor intensidade das demais finalidades da sanção disciplinar. Em outras palavras a finalidade retributiva da sanção disciplinar, constante na imposição da sanção disciplinar que se veicula através do ato administrativo disciplinar, não existe em si mesma, desconectada de outra finalidade¹¹.

A autoridade disciplinar ao decidir o processo administrativo disciplinar e, portanto, editar o ato administrativo disciplinar final não está autorizada a optar por qualquer solução, senão pela única solução lógica e racional derivada das provas produzidas no processo (razoabilidade), e mais, na magnitude e intensidade necessárias e suficientes para atendimento das finalidades retributiva e de reeducação funcional que inspiram e justificam o processo administrativo disciplinar e o ato final dele derivado (proporcionalidade).

Assim é que o ato administrativo disciplinar final derivado de processo administrativo disciplinar é discricionário em medida ínfima, apenas naquilo que toca ao livre convencimento da autoridade disciplinar, contudo, motivado pelos elementos de prova coligidos no processo, donde deriva a vinculação (regramento), característica que de resto é a mesma do ato jurisdicional.

Ora, sendo certo que o ato administrativo disciplinar é discricionário nos termos aqui propostos, decorre de tal premissa que sua validade depende de sua conformação aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade pelos motivos já analisados.

8. A aplicação dos princípios da razoabilidade e proporcionalidade nas punições disciplinares militares

A sanção disciplinar militar não se distingue da natureza da sanção disciplinar como posta pela teoria do direito administrativo disciplinar sancionador. Somente se qualifica pelo agente a que se aplica (militar) e pela natureza especial dos bens-interesses que tutela (ordem, hierarquia e disciplina militares).

¹⁰ Já sustentamos no passado que o ato administrativo disciplinar era vinculado e de vínculo especial (processual). Movidos pela realidade do postulado do livre convencimento motivado de inegável aplicação aos processos administrativos disciplinares retificamos e entendimento para a posição aqui defendida.

¹¹ MARTINS, Eliezer Pereira. Direito administrativo disciplinar militar e sua processualidade. Leud. São Paulo: Leme Editora do Direito, 1996.

A decisão final do processo administrativo disciplinar militar é ato discricionário (de baixíssima vinculação), mercê dos influxos do livre convencimento motivado.

Nestes termos não se põe em dúvida o fato de que a razoabilidade e a proporcionalidade são princípios da Administração Pública decorrentes de observância necessária na aplicação das punições disciplinares militares.

A razoabilidade e a proporcionalidade nas sanções disciplinares militares são de resto imperativos legais.

A Lei complementar 893/01 (regulamento disciplinar da polícia militar do Estado de São Paulo) dispõe no artigo 33: “*Na aplicação das sanções disciplinares serão sempre considerados a natureza, a gravidade, os motivos determinantes, os danos causados, a personalidade e os antecedentes do agente, a intensidade do dolo ou o grau da culpa*”. O comando contido no dispositivo em apreço não é senão o da necessária observância da razoabilidade na aplicação das sanções disciplinares militares.

Os artigos 35 (circunstâncias atenuantes), 36 (circunstâncias agravantes), 41 e 42 (fixação de limites) da lei complementar 893/01 (regulamento disciplinar da polícia militar do Estado de São Paulo); expressam comandos de necessária observância da proporcionalidade na imposição da sanção disciplinar militar.

Assim, é certo que a observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação das sanções disciplinares militares não precisa como regra se socorrer da doutrina ou da jurisprudência, uma vez que são exigidos como vetores interpretativos e de aplicação pela própria Lei.

9. Mérito administrativo – Noção

A expressão “mérito administrativo” define o ato administrativo expressivo de poder pelo critério discricionário, ou seja, aquele guiado pela conveniência e oportunidade.

Segundo CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹², o mérito administrativo, pode ser resumido nos seguintes termos:

Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para que o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade, decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada.

10. Discricionariedade e arbitrariedade

O ato discricionário viabilizador de um poder administrativo não se identifica com o ato arbitrário, ato contra a lei ou sem direito, ou dependente da vontade de uma pessoa. Essa distinção é uma das mais importantes do direito administrativo.

¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Curso de Direito Administrativo. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

A prática discricionária de um ato como expressão de um poder administrativo consiste no criterioso exercício de uma faculdade legal, enquanto o poder arbitrário funda-se em atos de puro arbítrio ou mero capricho.

Assim, não se pode qualificar de arbitrário ou ilegal o ato da autoridade que se circunscreve no âmbito do poder discricionário conferido à Administração Pública. Dentro dos limites permitidos pela lei, goza o administrador público de liberdade de ação, atividade essa que se convencionou chamar de poder discricionário. Desse modo, o ato discricionário - autorizado pelo ordenamento jurídico -, é válido e eficaz, somente podendo ser atacado o ato arbitrário, que é aquele perpetrado com violação às normas legais e, portanto, ilegítimo e inválido.

11. Forma e finalidade do ato discricionário

O ato discricionário do âmbito dos poderes administrativos vincula o administrador à forma e finalidade do ato. Assim, embora no âmbito da discricionariedade seja dada ao administrador liberdade de opção, impõe-se a ele a observância da forma determinada em lei para a prática do ato e a finalidade a ser atingida.

Segundo VITOR NUNES LEAL¹³:

Ao manifestar essa opção, a Administração faz uso do seu poder discricionário, mas salvo no tocante a essa opção, que constitui o seu conteúdo, o ato administrativo, em tudo o mais, se deve considerar vinculado. Não é, por isso mesmo, acertado falar-se de ato discricionário; o certo é falar-se de poder discricionário.

12. Teoria dos motivos determinantes

Segundo a teoria dos motivos determinantes, que investiga as razões de fato e de direito que provocam a manifestação de vontade do órgão administrativo, quando o ato administrativo de natureza discricionária expressivo de poder é motivado, ele, que originalmente era discricionário, passa a vincular-se à motivação exposta, desnaturando-se.

No particular, põe-se em relevo a teoria dos motivos determinantes. Quando o motivo não vem expresso em lei, ficando ao nuto da Administração indicá-lo, o ato que praticar somente será válido se forem verdadeiros os motivos invocados. De tal modo, fica a autoridade administrativa vinculada aos motivos que indicou¹⁴.

¹³ Revista de Direito Administrativo 14/52-82, out.-dez./48.

¹⁴ CUNHA, Leonardo Carneiro; CONTROLE JUDICIAL DO PODER DISCRICIONÁRIO; Revista dos Tribunais | vol. 775 | p. 32 | Mai / 2000

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹⁵ esclarece:

De acordo com esta teoria, os motivos que determinam a vontade do agente, isto é, os fatos que serviram de suporte à sua decisão, integram a validade do ato. Sendo assim, a invocação de ‘motivos de fato’ falsos, inexistentes ou incorretamente qualificados, vicia o ato mesmo quando, conforme já se disse, a lei não haja estabelecido, antecipadamente, os motivos que ensejariam a prática do ato. Uma vez enunciados pelo agente os motivos em que se calçou, ainda quando a lei não haja expressamente imposto a obrigação de enunciá-los, o ato só será válido se estes realmente ocorreram e o justificavam.

Verifica-se, portanto, que o ato discricionário perde essa característica quando se justificam os motivos de sua prática; fica, assim, vinculado à causa determinante, sujeitando a sua legitimidade ao confronto com os motivos indicados.

13. Intangibilidade do mérito administrativo

Segundo Leonardo José Carneiro da Cunha¹⁶:

(...) Por muito tempo se firmou o entendimento segundo o qual ao Judiciário não era dado apreciar o ato praticado no uso do poder discricionário. Constituía verdadeiro dogma a proibição de ser revisto judicialmente o critério de escolha do administrador público ao definir a providência adequada ao atendimento da finalidade legal.

A intangibilidade do mérito administrativo é em verdade instrumento autoritário, típico do Estado policial, como herdeiro da tradição ditatorial, legitimado, a cada instante, pelo discurso da eficácia e da segurança com pretensões de juridicidade.

Afirma-se alhures que o fundamento da intangibilidade está na teoria da tripartição dos poderes, segundo a qual não poderia o Poder Judiciário rever as decisões de mérito da Administração Pública, porquanto tal solução importaria em “invasão de competência”.

A intangibilidade do mérito administrativo não se sustenta no Estado democrático de direito.

¹⁵ Curso de direito administrativo. São Paulo : Malheiros, 1994. p. 184.

¹⁶ Revista dos Tribunais | vol. 775 | p. 32 | Mai / 2000

Segundo MARILENE TALARICO MARTINS RODRIGUES¹⁷:

Montesquieu não estabeleceu uma vedação absoluta entre o exercício das funções legislativa, executiva e judiciária, mas construiu uma teoria, segundo a qual a tripartição de poderes levaria ao exercício de uma função principal a cada um deles, com a finalidade de, através de pesos e contrapesos, o poder controlasse o poder.

Conforme afirma MEIRELLES TEIXEIRA¹⁸:

O princípio da separação dos poderes (ou divisão, ou distribuição, conforme a terminologia adotada) significa, portanto, entrosamento, coordenação, colaboração, desempenho harmônico e independente das respectivas funções, e ainda que cada órgão (poder), ao lado de suas funções principais, correspondentes à sua natureza, em caráter secundário colabora com os demais órgãos de diferentes naturezas, ou pratica certos atos que, teoricamente, não pertenceriam à sua esfera de competência.

Assim, afastado o suporte da denominada teoria da tripartição dos poderes, resulta que nada há de jurídico ou científico a supedanejar a denominada intangibilidade do mérito administrativo.

Quando a Constituição da República alçou ao status de garantia individual a regra de que a lei não excluiria da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito (direito de ação), e fê-lo sem qualquer ressalva para o campo da discricionariedade, diretamente baniu das considerações da ciência e do direito a denominada intangibilidade do mérito administrativo.

14. Controle do atributo discricionário (relatividade do atributo discricionário)

A discricionariedade de atos estruturadores dos poderes administrativos constitui-se em elemento subjetivo do ato da administração e, como tal, em princípio, imune ao controle jurisdicional, como sempre lembram os publicistas. No entanto, tendo o constituinte introduzido a noção de “moralidade administrativa”, erigindo-a à categoria de princípio, o Poder Judiciário não mais pode fugir à apreciação do elemento subjetivo do ato, com fundamento em sua discricionariedade. Deverá o Poder Judiciário perscrutá-lo, portanto, em seu aspecto subjetivo, e avaliar eventual afastamento dos princípios que regem a Administração Pública.

¹⁷ TRIPARTIÇÃO DE PODERES NA CONSTITUIÇÃO DE 1988; Revista de Direito Constitucional e Internacional | vol. 11 | p. 16 | Abr / 1995

¹⁸ Curso de Teoria do Estado e Ciência Política, Saraiva, 1986, p. 79.

Na lição de VLADIMIR DA ROCHA FRANÇA¹⁹:

A revisão judicial dos atos administrativos consiste no último bastião entre a arbitrariedade e a juridicidade, principalmente na realidade nacional. Somente a permanência e a força da decisão judicial, desconstituindo o ato administrativo atentatório à moralidade administrativa, melhor supre o interesse público quando a Administração se recusa a exercer o seu autocontrole.

Desse modo, cabe ao Poder Judiciário apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da administração, por meio do qual o poder administrativo ganha existência. Nesse sentido, o parágrafo único do art. 8º da Lei estadual paulista 10.177/98, estabelece que nos atos discricionários, será razão de invalidade a falta de correlação lógica entre o motivo e o conteúdo do ato, tendo em vista sua finalidade.

Porém, é importante que se entenda que o Poder Judiciário não pode apreciar livremente a ação discricionária do governo. O ato derivado do poder discricionário só pode ser objeto de controle judicial quando exprime evidente abuso de poder.

Assim, em princípio, afirma-se que ao Poder Judiciário é vedado ingressar no mérito do ato administrativo expressivo de poder, mas que pode verificar se existe, ou não, causa legítima que autorize o ato, já que o poder discricionário da administração não é absoluto.

15. Adequação objetiva – impossibilidade de afastamento de decisão administrativa razoável e proporcional

O controle do mérito administrativo pelo judiciário não é absoluto. Diz-se, assim, que o juiz não pode substituir as escolhas legítimas do administrador público. Nesta linha MARÇAL JUSTEN FILHO²⁰ afirma:

O controle-fiscalização envolve, portanto, a verificação do exercício regular da competência atribuída pela lei. O órgão controlador não é investido na titularidade da competência cujo exercício está sujeito à sua fiscalização. Por isso não é possível o órgão fiscalizador substituir-se ao titular da competência para realizar avaliações e estimativas no tocante à oportunidade, à consistência ou à finalidade de providências de natureza discricionária.

¹⁹ CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTROLE DE MORALIDADE DOS ATOS ADMINISTRATIVOS; Revista dos Tribunais | vol. 774 | p. 108 | Abr / 2000

²⁰ Curso de Direito Administrativo. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 893

Destarte, a revisibilidade dos atos discricionários da Administração somente é legítima quando presente a vulneração à razoabilidade, cujos requisitos de validade são a adequação, a exigibilidade (necessidade) e a proporcionalidade em sentido estrito.

Nesta linha de considerações é certo que a decisão jurisdicional não pode operar no plano da mera substituição da opção do administrador pela opção do juiz.

MARÇAL JUSTEN FILHO²¹ sustenta:

"O órgão de controle não pode reprovar a escolha realizada no exercício de competência discricionária, a não ser apontando sua objetiva e inquestionável inadequação para produzir o fim buscado".

16. Controle judiciário do poder disciplinar

Quanto ao controle judiciário do poder disciplinar, são várias as tendências no direito comparado. Para o direito anglo-americano e italiano, os tribunais se limitam a examinar a forma ou regularidade extrínseca da decisão, abstendo-se de examinar a constatação ou qualificação dos fatos, a proporcionalidade entre a pena e a infração etc., reconhecendo a plena soberania dos órgãos disciplinares internos da sociedade.

Há países cujos tribunais só admitem exame de fundo (mérito) quando se tratar de fraude ou de dolo que vicia a decisão; para outros tribunais, cabe examinar tanto a forma como o fundo da decisão, ou somente sobre os pontos de direito, ou sobre estes e a matéria de fato (justiça da decisão).

No direito pátrio, a questão está resolvida pela expressão da Constituição Federal, que, no âmbito dos direitos fundamentais, cuida que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito, donde se inferir que, no Brasil, vige a regra da plena possibilidade de apreciação das decisões disciplinares do Poder Público, que como visto se limitará a aferir a razoabilidade e proporcionalidade do ato disciplinar.

17. Análise do mérito administrativo pelo Judiciário militar – Fundamentos constitucionais e teóricos

A possibilidade, ou mais precisamente o dever do judiciário militar sindicado o mérito administrativo, deriva da Constituição da República e da teoria do direito administrativo sancionador.

A Constituição da República afirma que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário nenhuma lesão ou ameaça a direito (Inciso XXXV do artigo 5º).

²¹ Idem, p. 894

Segundo CANDIDO RANGEL DINAMARCO²²:

Do art. 5.º, XXXV, da CF brasileira, substancialmente equivalente ao art. 24 da italiana, extrai-se a garantia do direito de ação, endereçada a quem quer que haja necessidade da tutela jurisdicional para a defesa de direitos e interesses, independentemente da cor, sexo, religião, origem ou nacionalidade. Essa afirmação tem apoio inclusive na expressa garantia constitucional da igualdade, ditada pelo mesmo art. 5.º, caput, segundo o qual “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.

Ora, os atos administrativos disciplinares editados por autoridade militar vulneradores da razoabilidade e/ou desproporcionais, de *per si*, lesionam ou, no mínimo ameaçam direitos e, portanto, estão sujeitos à revisão judicial.

O legislador constituinte não erigiu um campo de imunidade impeditivo da revisão pelo Poder Judiciário em relação ao ato administrativo disciplinar militar.

À evidência, pelo caráter pétreo das garantias constitucionais, não poderia o legislador ordinário criar imunidade impeditiva da revisão pelo Poder Judiciário em relação ao ato administrativo disciplinar militar. Nesta linha o entendimento de Vicente Grecco Filho²³:

Nesse dispositivo acha-se garantida a faculdade de pedir ao Judiciário a reparação de lesão de direito, praticada por particulares ou pelos próprios agentes do poder público, de tal forma que nem mesmo as leis processuais poderão estabelecer hipóteses que impeçam o exercício desse direito.

Corolário do quanto aqui considerado é o postulado do dever de escrutínio do ato administrativo disciplinar militar pelo judiciário militar.

RONALDO JOÃO ROTH²⁴, investigando a possibilidade da análise do mérito administrativo pelo poder judiciário militar, na linha dos fundamentos derivados da teoria do direito administrativo sancionador, afirma:

Não resta dúvida de que o ato punitivo disciplinar do militar quando submetido ao controle da Justiça Militar sujeitará aquele ato administrativo ao controle da legalidade, incluindo o exame da proporcionalidade e da razoabilidade que, como ensina José Armando

²² SOBRE A TUTELA JURISDICIONAL AO ESTRANGEIRO, Revista de Processo | vol. 107 | p. 248 | Jul / 2002

²³ Direito Processual Civil Brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 41

²⁴ Primeiros comentários sobre a reforma constitucional da justiça militar estadual e seus efeitos, e a reforma que depende agora dos operadores do direito. *Revista dos Tribunais* | vol. 853 | p. 442 | Nov / 2006

da Costa, 'insere-se não no mérito do ato disciplinar, e sim como elemento integrativo de sua extensão de legalidade. E como tal, a proporcionalidade da punição funcional vincula o detentor do poder disciplinar, constituindo, pois, aspecto extrínseco acessível ao exame do judiciário, como muito bem infere o Sumo Pretório: 'A legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos sejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo' (Revista Fórum Administrativo - Ano 1, n. 3, Maio de 2001, p. 304).

O judiciário militar, assim, está obrigado à análise do mérito do ato administrativo disciplinar militar, sempre que provocado para aferição da razoabilidade e proporcionalidade da medida aplicada.

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO²⁵ advoga:

O mérito do ato administrativo não pode ser mais que o círculo de liberdade indispensável para avaliar, no caso concreto, o que é conveniente e oportuno à luz do escopo da lei. Nunca será liberdade para decidir em dissonância com este escopo. Por tal razão, extrapolam o mérito e maculam o ato de ilegitimidade os critérios que o agente adote para decidir-se que não tenham sido idoneamente orientados para atingir o fim legal.

18. Análise do mérito administrativo pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo

A prática da revisão do mérito do ato administrativo disciplinar militar pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo é uma realidade.

Na linha da aplicação do critério da adequação objetiva e da proporcionalidade, os órgãos fracionários do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo têm ingressado na análise do mérito administrativo e invalidado sanções impostas pela Administração.

Os arestos abaixo colacionados retratam a adoção da análise do mérito administrativo em sede de sanções disciplinares militares para fins de invalidação judicial das sanções impostas:

APELACAO Nº 001760/08 - Relator: PAULO A. CASSEB - Órgão: 1ª Câmara - Votação: Unânime - Julgamento: 19/04/2011 - Ementa: POLICIAL MILITAR - Pedido de anulação de ato de demissão

²⁵ Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2ª ed. 9ª tir. São Paulo: Malheiros, 2008, p.82

com a consequente reintegração ao cargo - Rejeição da preliminar de ilegalidade na distribuição dos feitos por falta de alternância, conforme arts. 251 e 252 do Código de Processo Civil, à luz do disposto na Emenda Constitucional 45/04 - Existência de contundente contradição e incongruência interna na decisão administrativa entra a fundamentação inserta, o dispositivo adotado e dentro da própria fundamentação - Inadmissibilidade de sanção exclusória eivada de incerteza e incoerência - Ausência dos requisitos de validade dos julgados - Legitimidade da intervenção judicial - Sentença “a quo” reformada - Anulação do ato demissório - Reintegração do miliciano com todos os vencimentos e vantagens pecuniárias decorrentes do cargo - Provimento do recurso - Decisão unânime. Decisão: A E. PRIMEIRA CÂMARA DO TJME, À UNANIMIDADE DE VOTOS, REJEITOU A PRELIMINAR ARGUIDA E NO MÉRITO TAMBÉM, À UNANIMIDADE, DEU PROVIMENTO AO APELO INTERPOSTO, DE CONFORMIDADE COM O RELATÓRIO E VOTO DO E. RELATOR, QUE FICAM FAZENDO PARTE DO ACÓRDÃO (grifo nosso).

*APELACAO Nº 001062/07 Relator: ORLANDO EDUARDO GERALDI - Órgão: 2ª Câmara - Votação: Maioria - Julgamento: 26/08/2010 - Ementa: **Apelação Cível - Policial Militar - Pedido de anulação de ato de demissão com a consequente reintegração ao cargo - Independência das instâncias administrativa e penal - Aplicação da teoria dos motivos determinantes - Ausência de prova a demonstrar a principal acusação em desfavor do Apelante - Desproporcionalidade entre a única transgressão que restou comprovada e a punição imposta - Legitimidade da intervenção judicial - Sentença “a quo” reformada - Anulação do ato demissório - Reintegração com todos os vencimentos e vantagens pecuniárias decorrentes do cargo - Inversão dos ônus sucumbenciais - Recurso provido. Decisão: A. E. SEGUNDA CÂMARA DO TJME, POR MAIORIA DE VOTOS (2X1), DEU PROVIMENTO AO APELO, DE CONFORMIDADE COM O RELATÓRIO E VOTO DO E. RELATOR, QUE FICAM FAZENDO PARTE DO ACÓRDÃO. VENCIDO O E. JUIZ REVISOR AVIVALDI NOGUEIRA JUNIOR, QUE NEGAVA PROVIMENTO AO APELO, COM DECLARAÇÃO DE VOTO (grifo nosso).***

*APELACAO Nº 001311/07 - Relator: PAULO A. CASSEB - Órgão: 1ª Câmara - Votação: Maioria - Julgamento: 27/07/2010 - Ementa: **POLICIAL MILITAR - Pedido de anulação de ato de demissão com a consequente reintegração ao cargo - Aplicação do critério da adequação objetiva - Exacerbação nítida da decisão punitiva em afronta à proporcionalidade - Comprovada a inexistência da principal acusação em desfavor do Apelante - A única irregularidade administrativa comprovada não autoriza a exclusão - Legitimidade da intervenção judicial - Sentença “a***

quo” reformada - Anulação do ato demissório - Reintegração com todos os vencimentos e vantagens pecuniárias decorrentes do cargo - Condenação da Fazenda Pública às custas da sucumbência - Provimento do recurso - Decisão unânime. Decisão: A E. Primeira Câmara do TJME, por maioria de votos (2x1), deu provimento ao apelo interposto, de conformidade com o relatório e voto do E. Juiz Relator que ficam fazendo parte integrante do acórdão. Vencido o E. Juiz Fernando Pereira, que negava provimento, com declaração de voto (grifo nosso).

APELACAO Nº 001195/07 - Relator: PAULO A. CASSEB - Órgão: 1ª Câmara - Votação: Unânime - Julgamento: 27/07/2010 - Ementa: POLICIAL MILITAR - Pedido de anulação de ato de demissão e conseqüente reintegração ao cargo - Rejeitada preliminar de cerceamento de defesa - Inteligência do art. 130 do Código de Processo Civil - Aplicação dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade - Critério da adequação objetiva - Exclusão evidencia nítida exacerbação haja vista os elementos fáticos do processo - Absolvição criminal por legítima defesa real - Legitimidade da intervenção judicial - Sentença de primeiro grau reformada - Anulação de ato exclusório - Reintegração - Recurso provido - Decisão unânime. Decisão: A E. Primeira Câmara do TJME, à unanimidade de votos, rejeitou a preliminar arguida, e, no mérito, por maioria de votos (2x1), deu provimento ao apelo interposto, de conformidade com o relatório e voto do E. Juiz Relator que ficam fazendo parte integrante do acórdão. Vencido o E. Juiz Fernando Pereira, que negava provimento ao apelo, com declaração de voto (grifo nosso).

APELACAO Nº 000820/06 - Relator: PAULO A. CASSEB - Órgão: 1ª Câmara - Votação: Unânime - Julgamento: 01/12/2009 - Ementa: POLICIAL MILITAR - Pedido de anulação de ato de demissão e conseqüente reintegração ao cargo - Aplicação do princípio da proporcionalidade e do critério da adequação objetiva - Cabimento de sanção disciplinar diversa da exclusória - Decisão administrativa desproporcional aos fatos e às circunstâncias - Legitimidade da intervenção judicial - Sentença de primeiro grau reformada - Anulação de ato exclusório - Reintegração - Recurso provido - Decisão unânime. Decisão: A E. PRIMEIRA CÂMARA DO TJME, À UNANIMIDADE DE VOTOS, DEU PROVIMENTO AO APELO INTERPOSTO, PARA ANULAR O ATO DE EXCLUSÃO DESDE A DATA DE SUA OCORRÊNCIA, DE CONFORMIDADE COM O RELATÓRIO E VOTO DO E. RELATOR, QUE FICAM FAZENDO PARTE DO ACÓRDÃO (grifo nosso).

APELACAO Nº 000115/05 - Relator: ORLANDO EDUARDO GERALDI - Órgão: 2ª Câmara - Votação: Maioria - Julgamento:

04/12/2008 - Ementa: POLICIAL MILITAR - Pedido de anulação de ato de demissão com a consequente reintegração ao cargo - Limites da discricionariedade administrativa e controle pelo Poder Judiciário - Teoria dos motivos determinantes - Motivação equivocada que não se ajusta à prova colhida no procedimento apuratório - Nulidade do ato - Recurso provido. Decisão: A E. SEGUNDA CÂMARA DO TJME, POR MAIORIA DE VOTOS, DEU PROVIMENTO AO APELO INTERPOSTO. VENCIDO O EXMO. JUIZ PRESIDENTE AVIVALDI NOGUEIRA JUNIOR QUE NEGAVA PROVIMENTO. DESIGNADO O EXMO. JUIZ ORLANDO GERALDI PARA REDIGIR O ACÓRDÃO (g.n.).

19. Considerações finais

Enuncia-se com a razoabilidade que a Administração, ao atuar no exercício de discricionariedade (hipótese em que a lei outorga ao administrador público liberdade de escolha da opção, dentre as possíveis, que melhor atenda ao interesse público), terá de obedecer a critérios aceitáveis do ponto de vista racional, em sintonia com o senso normal de pessoas equilibradas e respeitadas das finalidades que presidiram a outorga da competência exercida.

As competências administrativas só podem ser validamente exercidas na extensão e intensidade proporcionais ao que seja realmente demandado para cumprimento da finalidade de interesse público a que estão atreladas. Daí falar-se no princípio da proporcionalidade.

O princípio da razoabilidade somente tem aplicação onde exista discricionariedade.

A doutrina tem destacado a razoabilidade em duas concepções: razoabilidade como devido processo legal e razoabilidade como proporcionalidade.

O denominado princípio da Administração Pública da proporcionalidade não é senão o princípio da razoabilidade em sua manifestação quantitativa e de intensidade.

A razoabilidade e proporcionalidade são princípios da Administração Pública decorrentes da lei e da doutrina.

Os atos administrativos discricionários, para que atinjam as finalidades a que se preordenam devem necessariamente expressar racionalidade (razoabilidade) e adequação nos planos quantitativo e de intensidade (proporcionalidade).

Assim é que o ato administrativo disciplinar final derivado de processo administrativo disciplinar é discricionário em medida ínfima, apenas naquilo que toca ao livre convencimento da autoridade disciplinar, contudo, motivado pelos elementos de prova coligidos no processo, donde deriva a vinculação (regramento), característica que de resto é a mesma do ato jurisdicional.

A observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade na aplicação das sanções disciplinares militares não precisa como regra se socorrer da

doutrina ou da jurisprudência, uma vez que são exigidos como vetores interpretativos e de aplicação pela própria lei.

A intangibilidade do mérito administrativo é em verdade instrumento autoritário, típico do Estado policial, como herdeiro da tradição ditatorial, legitimado, a cada instante, pelo discurso da eficácia e da segurança com pretensões de juridicidade.

Quando a Constituição da República alçou ao status de garantia individual a regra de que a lei não excluiria da apreciação do poder judiciário lesão ou ameaça a direito (direito de ação), e fê-lo sem qualquer ressalva para o campo da discricionariedade, diretamente baniu das considerações da ciência e do direito a denominada intangibilidade do mérito administrativo.

Assim, em princípio, afirma-se que ao Poder Judiciário é vedado ingressar no mérito do ato administrativo expressivo de poder, mas que pode verificar se existe, ou não, causa legítima que autorize o ato, já que o poder discricionário da administração não é absoluto.

Destarte, a revisibilidade dos atos discricionários da Administração somente é legítima quando presente a vulneração à razoabilidade, cujos requisitos de validade são a adequação, a exigibilidade (necessidade) e a proporcionalidade em sentido estrito.

Ora, os atos administrativos disciplinares editados por autoridade militar vulneradores da razoabilidade e/ou desproporcionais, de *per si*, lesionam ou, no mínimo ameaçam direitos e, portanto, estão sujeitos à revisão judicial.

A prática da revisão do mérito do ato administrativo disciplinar militar pelo Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo é uma realidade.

Na linha da aplicação do critério da adequação objetiva e da proporcionalidade, os órgãos fracionários do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo têm ingressado na análise do mérito administrativo e invalidado sanções impostas pela Administração.

Referências bibliográficas

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Malheiros, 2010.

CAVALLI, Cássio Machado. A compreensão jurídica do dever de razoabilidade. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* | vol. 50 | p. 220 | Jan / 2005.

COSTA, Alexandre Araújo. *O controle da razoabilidade no direito comparado*. In www.arcos.com.br.

CUNHA JR. Dirlei da. *Curso de direito administrativo*. 8ª ed. Salvador: Podium, 2010.

- CUNHA, Leonardo Carneiro. Controle judicial do poder discricionário. *Revista dos Tribunais* | vol. 775 | p. 32 | Mai / 2000.
- DINAMARCO, Candido Rangel. Sobre a tutela jurisdicional ao estrangeiro. *Revista de Processo* | vol. 107 | p. 248 | Jul / 2002.
- GRECCO FILHO, Vicente. *Direito Processual Civil Brasileiro*. São Paulo: Saraiva, 2010.
- JUSTEN FILHO, Marçal. Considerações sobre o controle de moralidade dos atos administrativos. *Revista dos Tribunais* | vol. 774 | p. 108 | Abr / 2000.
- _____. *Curso de Direito Administrativo*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 893.
- LEAL, Vitor Nunes. *Revista de Direito Administrativo* 14/52-82, out.-dez./48
- MARTINS, Eliezer Pereira. *Direito Administrativo Disciplinar Militar e sua Processualidade*. São Paulo: Leme Editora do Direito, 1996.
- MARTINS, Marilene Talarico Rodrigues. Tripartição de poderes na constituição de 1988. *Revista de Direito Constitucional e Internacional* | vol. 11 | p. 16 | Abr / 1995.
- MEIRELLES TEIXEIRA. *Curso de Teoria do Estado e Ciência Política*. São Paulo: Saraiva, 1986.
- ROTH, Ronaldo João. Primeiros comentários sobre a reforma constitucional da justiça militar estadual e seus efeitos, e a reforma que depende agora dos operadores do direito. *Revista dos Tribunais* | vol. 853 | p. 442 | Nov / 2006.

Competência cível da Justiça Militar: ações judiciais contra atos disciplinares e o exame do mérito pelo Judiciário

*Fernando Sérgio Barone Nucci**

Resumo: *A Emenda Constitucional 45/2004 atribuiu nova competência à Justiça Militar Estadual para julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares. Para além do julgamento do aspecto formal do ato administrativo, a intenção do legislador foi aprofundar a análise judicial dos atos disciplinares examinando-se mais que a forma, como também o mérito do ato administrativo vinculado, perquirindo-se se ocorre o fenômeno da incidência.*

Introdução

A partir da vigência da Emenda Constitucional nº 45/2004 se discute se é, afinal, vedado ao Poder Judiciário o exame de mérito nas ações judiciais contra atos disciplinares.

Até agora, o juízo agora competente para conhecer das ações judiciais contra atos disciplinares, vem seguindo pelo mesmo caminho que trilhava a Justiça Comum, repetindo o mantra da vedação ao Poder Judiciário do exame do mérito do ato administrativo, vedação que só atinge os atos administrativos discricionários e não atos administrativos vinculados, como o são os atos disciplinares emanados da administração militar. O objetivo do presente trabalho é contribuir com argumentos que autorizam a Justiça Militar Estadual a analisar de modo mais abrangente o ato administrativo desprendendo-se de verdadeira amarra que se lhe foi imposta a título de que o exame do mérito do ato administrativo restringe-se ao aspecto formal em virtude da independência dos Poderes, como se, de fato, não coubesse ao Poder Judiciário o controle e fiscalização dos atos do Poder Executivo.

Competência Cível

Dentre as várias inovações introduzidas pela Emenda Constitucional nº 45, aprovada em 08.12.04 e publicada em 31.12.04, interessa particularmente ao presente trabalho a **ampliação da competência**, introduzindo-se, no âmbito da Justiça Militar Estadual, o julgamento das *ações judiciais contra os atos disciplinares militares*, em ambas as instâncias naqueles estados onde existe Tribunal de Justiça Militar (SP, MG e RS). Na primeira instância o julgamento compete ao juiz de direito e não ao Conselho de Justiça.

* Procurador de Justiça do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo.

Em São Paulo, uma das Auditorias (a Segunda Auditoria Militar do Estado) passou a conhecer das ações judiciais contra atos disciplinares, recebendo, ainda, as ações em andamento perante as Varas da Fazenda Pública.

E desde aquela ocasião, nas ações nas quais intervém o Ministério Público - porque evidente o interesse público a justificar a intervenção -, se tem pugnado pelo exame do “mérito” naqueles atos administrativos *vinculados* para que se pronuncie o Poder Judiciário sobre a **incidência**, ou não, da norma invocada pela autoridade sobre o evento concreto.

Jurisprudência

Não se trata de discussão nova, a questão foi enfrentada em 1976, pelo Colendo STF em decisão proferida sobre anulação de pena de expulsão de Sargento da Polícia Militar, sendo afastada a alegação de vedação ao Poder Judiciário do exame do mérito do ato administrativo, no caso, ato disciplinar. (RE 82.355 – PR, relator Min. *Rodrigues Alckmin*).

Assentou-se no julgado citado:

“Menos juridicamente exatas que sejam considerações do aresto sobre provas bastantes para a punição mediante Conselho de Disciplina, certo é que, nos termos em que postulado, o presente recurso não pode merecer conhecimento.

*Alega-se que o Poder Judiciário não podia examinar o **mérito** do ato administrativo, sem ofensa ao princípio de separação dos Poderes e sem dissenso de arestos que assim o entendem. Mas, quanto à alínea “d”, em nada obedece, o recurso, ao disposto no art. 305 do Regimento Interno. Não se apoia a identidade ou a semelhança de caso confrontado.*

Dois dos arestos invocados nada dizem, mesmo, com a espécie (RE 76.198 – em que se afirma sujeita, a Polícia Militar, a regime jurídico peculiar – e RE 75.089 – em que a decisão recorrida aplicou lei revogada). Limitam-se, os demais, à afirmativa de que o controle dos atos administrativos, pelo Judiciário, se restringe ao aspecto da legalidade.

*Ora, em não se tratando de ato administrativo discricionário, mas vinculado (a expulsão pressupõe a existência de fato que a legitime), examinar se ocorreu o pressuposto de fato que autoriza a prática do ato é examinar a **legalidade** dele, não examinar a conveniência ou oportunidade com que praticado.*

Nos ERE 75.421 foi acolhido entendimento que assim manifestei, ao julgar recurso extraordinário:

*“... pretende a recorrente opor que ao Poder Judiciário é vedado examinar o **mérito** do ato administrativo.*

Creio que há equívoco terminológico, merecedor de esclarecimento prévio.

*Por força, possivelmente, de conceitos de Direito Processual, ao conceito de **mérito** do ato administrativo se tenta estender o de **meritum causae**, relativo à apreciação da lide por meio de sentença definitiva. E a extensão é inexata.*

*Na verdade, o mérito do ato administrativo diz com elementos discricionários do ato (por oposição a atos vinculados), referentes à conveniência e à oportunidade. Daí, apesar das restrições de José Cretella Júnior (o Mérito do Ato Administrativo, **RDA** 79/23) a procedência da afirmativa de que o ato vinculado é ato submetido a critérios de legalidade e neles não há **mérito** excluído da apreciação do Judiciário. Para não alongar-me demasiadamente, invoco o douto comentário de Vitor Nunes Leal, na **RDA** 111/81: “A legalidade do ato administrativo compreende, não só a competência para prática do ato e as suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato (desde que tais elementos estejam definidos em lei, como vinculadores do ato administrativo). Tanto é ilegal o ato que emane de autoridade incompetente ou que não revista a forma determinada em lei, como o que se baseie num dado fato que, por lei, daria lugar a um ato diverso do que foi praticado. A inconformidade do ato com os fatos que a lei declara pressupostos dele constitui ilegalidade. Do mesmo modo que o constitui a forma inadequada que ato porventura apresente.” (...).”*

Mais recentemente, o Ministro Cezar Peluso, invocando a lição do julgado acima, fez consignar em seu magistral voto proferido no julgamento do Pedido de Extradicação 1085:

"Firmou-se, naquela assentada, que o papel do Judiciário está em verificar se a decisão administrativa observou, no dever de aplicação das normas aos fatos considerados, todos os elementos configuradores da situação hipotética prevista pela lei e cuja realização histórica é necessária e capaz de autorizar ou impor a prática lícita do ato vinculado. Ou seja, preservando o texto a terminologia de que, em certo passo, se valeu o acórdão para traduzir que o juízo da adequação lógico-jurídica entre a norma e o fato é inerente ao exame da legalidade do ato administrativo: "o que se deve ter em vista é a legalidade ou não do ato incriminado. Terá ele de ser examinado pela forma com que se apresentar e pelos motivos que o determinarem", entendendo-se esta última afirmação, como se há logo de ver, no rigoroso sentido de controle da correspondência entre os fatos tidos por existentes ou provados (fattispecie concreta) e os ingredientes factuais da norma que se lhes aplicou (fattispecie abstrata). Noutras palavras, é mister apurar se se deu o fenômeno jurídico da incidência da norma invocada sobre o evento ou eventos históricos que a autoridade ou o agente

administrativo reputou verdadeiros à luz da prova, caso em que o ato seria legal, ou, antes, se era imprópria a norma, porque inaplicável à hipótese, ou inverossímeis os fatos, quando nada lhes atestava a ocorrência, casos em que se caracteriza ilegalidade típica, que o Judiciário tem de proclamar com todas as consequências".

Em precedente da *Primeira Câmara do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo (TJMSP)* que guarda pertinência ao tema aqui escolhido, o Relator da Apelação Cível nº 1026/07 – Juiz Cel PM Clóvis Santinon, no julgamento de 09.12.09, bem enfrentou a matéria, não afastando o exame do mérito do Ato administrativo, ainda que discricionário, assim consignando no Acórdão:

POLICIAL MILITAR – Ação Ordinária visando anulação de demissão com a consequente reintegração ao cargo – Impossibilidade – Inaplicabilidade do Estatuto dos Militares (Lei Federal 6680/90) aos policiais militares estaduais, regidos por legislação local específica – Observância ao princípio do devido processo legal – Nulidade inexistente – Atuação do Poder Judiciário restrita ao controle de legalidade do ato administrativo – Recurso não provido.

"(...) A exclusão do militar exige que o Administrador pondere não apenas a questão da prova dos fatos, mas principalmente a conveniência de manter em seus quadros ou fileiras servidor que já não é mais digno da sua confiança. Entendeu, motivadamente, a autoridade administrativa que a permanência do apelante na tropa não era recomendada e decidiu como decidiu, legalmente. O ato punitivo foi fruto de uma decisão que atribuiu credibilidade a determinadas provas, em detrimento de outras. E tal valoração não é suscetível de censura judicial, pois resulta da liberdade de convicção, que é inerente a qualquer processo decisório. Não há que se falar em ofensa ao princípio da razoabilidade, pois a decisão punitiva está em consonância com aquilo que, para o senso comum, seria aceitável perante a lei e, também, dentro dos limites delineados pela Magna Carta. Constata-se, ainda, a proporcionalidade da sanção, vez que em recente decisão o Colendo Superior Tribunal de Justiça decidiu:

"Há proporcionalidade na aplicação da pena de demissão a servidor público, decorrente de infração apurada em Processo Administrativo Disciplinar, quando devidamente comprovada a conduta e suficientemente motivadas as razões da punição." MS 13053/DF -Terceira Seção – Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho – julgamento 27/02/2008.

E, conforme exaustivamente explicitado no presente voto, a conduta restou comprovada e a decisão do Comandante Geral foi satisfatoriamente fundamentada.

Necessário que se dedique especial atenção aos limites da atuação do Poder Judiciário no controle dos atos administrativos, para que não

haja ingerência na prática dos atos discricionários de competência exclusiva do Comandante da Corporação.

Com o intuito de evitar abusos ou arbitrariedades existe a possibilidade do controle judicial dos atos administrativos, entretanto, deve ser respeitada a discricionariedade assegurada à Administração Pública pela lei.

Amargem livre sobre a qual incide a escolha inerente à discricionariedade corresponde ao mérito do ato administrativo, que expressa o juízo de conveniência e oportunidade da escolha, no atendimento do interesse público, juízo esse efetuado pela autoridade à qual se conferiu o poder discricionário.”

Conforme a doutrina de MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

“Daí porque não pode o Poder Judiciário invadir esse espaço reservado, pela lei, ao administrador, pois, caso contrário, estaria substituindo, por seus próprios critérios de escolha, a opção legítima feita pela autoridade competente com base em razões de oportunidade e conveniência que ela, melhor do que ninguém, pode decidir diante de um caso concreto.”

Obviamente, a discricionariedade não pode ser considerada um manto de imunidade capaz de impedir o indispensável controle judicial. Compete ao Poder Judiciário, no controle da discricionariedade, inquirir se a decisão administrativa se manteve nos limites da razoabilidade, dentro da plausibilidade exigível da valoração subjetiva inerente àquele ato. Por tal razão, o dever de motivação do ato administrativo possui tamanha relevância. Para a aferição da validade das decisões emanadas de autoridades administrativas faz-se indispensável o exame da motivação, o que para os administrados traduz-se em garantia contra eventual arbitrariedade das autoridades. E, no caso em exame, a motivação do ato pela Autoridade Administrativa demonstrou coerência, tendo sido justificada a punição imposta, expostos os atos irregulares praticados pelo miliciano e sua repercussão negativa, apontando os dispositivos violados e a cominação prevista, restando plenamente demonstrada a legalidade da demissão.” (g.n.)

Doutrina

E a doutrina também não é discrepante, como se infere da lição do Juiz de Direito Militar, da 1ª AJM-SP, RONALDO JOÃO ROTH, em artigo “*Primeiros comentários sobre a Reforma Constitucional da Justiça Militar estadual e seus efeitos, e a reforma que depende agora dos operadores do Direito*” publicado Revista dos Tribunais, volume 853, 2006, págs. 442/483:

“Não resta dúvida de que o ato punitivo disciplinar do militar quando submetido ao controle da Justiça Militar sujeitará aquele

ato administrativo ao controle da legalidade, incluindo o exame da proporcionalidade e da razoabilidade que, como ensina José Armando da Costa, "insere-se não no mérito do ato disciplinar, e sim como elemento integrativo de sua extensão de legalidade". E como tal, a proporcionalidade da punição funcional vincula o detentor do poder disciplinar, constituindo, pois, aspecto extrínseco acessível ao exame do judiciário, como muito bem infere o Sumo Pretório:

'A legalidade do ato administrativo, cujo controle cabe ao Poder Judiciário, compreende não só a competência para a prática do ato e de suas formalidades extrínsecas, como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato, desde que tais elementos sejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo' (in Revista Fórum Administrativo – Ano 1, n. 3, Maio de 2001, p. 304)."

Citando o mesmo autor judiciosa lição do Ministro Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, reafirma, com base nestas lições ministradas, **que está implícito e virtualmente incluído o princípio da proporcionalidade como mais um freio de legalidade imposto ao poder disciplinar da administração pública**, até porque, quando do referido aresto, inexistia ainda a Lei nº 9.784/99, transcreve:

"1 – A Constituição Brasileira de 1988 prestigiou os instrumentos de tutela jurisdicional das liberdades individuais ou coletivas e submeteu o exercício do poder estatal – como convém a uma sociedade democrática e livre – ao controle do Poder Judiciário. Inobstante estruturalmente desiguais, as relações entre o estado e os indivíduos processam-se, no plano de nossa organização constitucional, sob o império estrito da lei. A rule of law, mais do que um simples legado histórico-cultural, constitui, no âmbito do sistema jurídico vigente no Brasil, pressuposto conceitual de estado democrático de direito e fator de contenção do arbítrio daqueles que exercem o poder. É preciso evoluir cada vez mais no sentido da completa justiciabilidade da atividade estatal e fortalecer o postulado da inafastabilidade de toda e qualquer fiscalização judicial. A progressiva redução e eliminação dos círculos de imunidade do poder há de gerar, como expressivo efeito consequencial, a interdição de seu exercício abusivo. O mandado de segurança desempenha, nesse contexto, uma função instrumental do maior relevo. A impugnação judicial de ato disciplinar, mediante a utilização desse writ constitucional, legitima-se em face de três situações possíveis. As decorrentes (1) da incompetência da autoridade, (2) da inobservância das formalidades essenciais e (3) da ilegalidade da sanção disciplinar. A pertinência jurídica do Mandado de Segurança, em tais hipóteses justifica a admissibilidade do controle jurisdicional sobre a legalidade dos atos punitivos emanados da administração pública no concreto exercício do seu poder disciplinar. O que os Juízes e Tribunais somente

não podem examinar, nesse tema, até mesmo como natural decorrência do princípio da separação de poderes, são a conveniência, a utilidade, a oportunidade e a necessidade da punição disciplinar; isso não significa, porém, a impossibilidade de o judiciário verificar se existe, ou não, causa legítima que autorize a imposição da sanção disciplinar. O que se lhe veda, nesse âmbito, é, tão-somente, o exame do mérito da decisão administrativa, por tratar-se de elemento temático inerente ao poder discricionário da Administração Pública.

2 – A nova Constituição do Brasil instituiu, em favor dos indiciados em processo administrativo, a garantia do contraditório e da plenitude de defesa, com os meios e recurso a ela inerentes (art. 5º, LV). O legislador constituinte consagrou, em norma fundamental, um direito do servidor público oponível ao poder estatal. A explícita constitucionalização dessa garantia de ordem jurídica, na esfera do procedimento administrativo disciplinar; representa um fator de clara limitação dos poderes da administração pública e de correspondente intensificação do grau de proteção jurisdicional dispensada aos direitos dos agentes públicos. (MS 20.999/DF, DJU de 21/03/1990).”

Desse modo, a anulação do ato punitivo, bem como a reintegração do interessado, nas fileiras da Polícia Militar, é agora da competência da Justiça Castrense estadual.”

Na mesma senda, o ensinamento de JOSÉ ARMANDO DA COSTA ao **diferenciar o mérito disciplinar e mérito processual:**

“Por vezes, confundem os doutrinadores e julgadores o mérito disciplinar com o mérito processual, que são coisas absolutamente distintas. O mérito disciplinar, consistindo nas arguições de justiça ou injustiça da reprimenda imposta, relaciona-se com os elementos discricionários do ato, enquanto, na cidadela do direito processual, a palavra 'mérito' diz respeito ao conteúdo da lide que foi apreciado por meio de sentença definitiva.

De modo que, tratando-se de ato disciplinar vinculado, de que é exemplo a demissão, pode o Judiciário examinar se realmente ocorreu o motivo ensejador da punição. Tal exame não é de mérito disciplinar; e, sim de mérito processual. Se o ato é vinculado, não resta atribuição discricionária ao administrador; inexistindo, por via de consequência, mérito disciplinar.

O exame dos fatos e das provas do ato disciplinar constitui aspecto de legalidade e não de mérito, como concebem erroneamente alguns autores. Numa passagem do seu voto, proferido no RE nº 82.355, o Min. Rodrigues Alckmin, do Supremo Tribunal Federal, expende a seguinte consideração: 'É de Seabra Fagundes o seguinte ensinamento, que já tivemos oportunidade de citar em outro trabalho e que foi

ministrado precisamente sobre o tema que ora nos ocupa: ...uma vez conhecido o ato administrativo de exoneração e sobre ele provocado o pronunciamento dos tribunais, entram estes no exame do inquérito, fundamento do ato, para constatar se se fez como manda a lei, como aferir a conformidade do ato com o que se apurou no processo. A primeira questão é manifestamente de legalidade, a segunda, entretanto, poderá parecer de mérito. Mas não o é, o Judiciário se limita a verificar se o processo administrativo apurou um dos motivos dados pela lei como capazes de justificar a exoneração de funcionário. Não indaga se o motivo é razoável ou não, mas se a lei o especifica. Não inquire se o ato foi vantajoso aos interesses do serviço público, mas se o processo que lhe serviu de esteio apurou causa legal capaz de autorizar a demissão' (RDA, 131:210).”¹ (g.n.)

Aproveitando as lições mencionadas, curial se saber o que seja mérito do ato disciplinar e qual o seu dimensionamento. Mais uma vez, a resposta vem da lavra de JOSÉ ARMANDO DA COSTA:

“Revisitando a compreensão jurídico-científica do ato disciplinar, constata-se que ele se compõe de cinco elementos, a saber: competência, forma, objeto, motivo e finalidade. Ressalte-se que a atividade punitiva interna da Administração pode ser vinculada ou discricionária. Quando a atividade for vinculada, o ato disciplinar deverá, no todo, ater-se ao figurino legal, exigindo-se que os seus elementos atendam às disposições plasmadas nas leis. Tratando-se de ação punitiva discricionária, fica a Administração relativamente livre quanto aos elementos motivo e objeto, permanecendo, não obstante, jungida à lei quanto aos outros elementos (competência, forma e finalidade). Diz-se relativamente livre porque, mesmo que se trate de ato punitivo discricionário, os elementos 'motivo' e 'objeto' encontram certas delimitações, embora não seja absolutamente necessária a consonância com a lei. Para melhor elucidação dessa relatividade, cita-se um exemplo. A lei estabelece que uma determinada transgressão disciplinar é susceptível de ser apenada com a sanção, que poderá variar de 1 (um) a 30 (trinta) dias. Pois bem, uma vez ocorrida a transgressão, compete ao administrador ajuizar, dentro desses limites, qual a pena mais conveniente e oportuna. Poderá apenar em 5, 10, 15, 20 ou 30 dias de suspensão. O que não pode é ultrapassar esses limites previstos na lei, se assim o fizer, terá ido além do campo discricionário que a lei lhe reservou e, conseqüentemente, editará um ato com vício de legalidade.

¹ José Armando da Costa, “Processo Administrativo Disciplinar”, Brasília Jurídica, Brasília, 2005, 5ª ed., pág. 504.

O exemplo dado acima foi ilustrado com o elemento objeto discricionário, que como examinado, não é absolutamente livre. O mesmo pode ocorrer com relação ao motivo do ato disciplinar, que, mesmo delineado com grande margem de discricção, não pode, todavia, trespassar essa área livre nem prescindir do mínimo fático atribuído ao punido como razão da punição.

O motivo é o fato ensejador da punição disciplinar. Mas, esse elemento nem sempre é descrito com rigor pelo regime disciplinar, principalmente, nos casos de transgressão punível com penas mais brandas, como é o caso das penas de advertência, repreensão, multa ou suspensão até trinta dias. (...).

Ademais, vale ressaltar que todo ato punitivo deve descrever, embora sucintamente, o motivo da punição, ficando a legalidade desse ato, mesmo se tratando de atividade discricionária, na dependência da existência real do motivo declinado. Se o motivo, como suporte fático, é inexistente, o ato disciplinar que lhe dá aparência carece de legitimidade. Peca por vício de legalidade. (...)

As penalidades mais severas (demissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade e destituição de cargo em comissão) são aplicáveis por intermédio de atividade administrativa totalmente vinculada, devendo, dessarte, o ato disciplinar concretizador de tais punições ter todos os seus elementos de conformidade com a lei.

Vislumbra-se, assim, com mais nitidez, a distinção entre os aspectos de mérito e os de legalidade. O mérito do ato disciplinar se aloca nos elementos relativamente livres do ato disciplinar discricionário; enquanto o aspecto de legalidade congloba o remanescente, ou seja, todos os elementos do ato vinculado, os elementos 'competência', 'forma' e 'finalidade' do ato discricionário, e mais as extrapolações dos dois elementos relativamente livres deste ('objeto' e 'motivo'). (...)

*Veja-se, pois, numa passagem, o que diz, em voto vencedor, o ministro Orozimbo Nonato: '**O Poder Administrativo não exerce função judicante, e não pode, pois, ainda que baseado em provas formalmente perfeitas, decretar em última análise, em última ratio, que teve razão o Estado ou o funcionário. Essa competência será atribuída ao Judiciário. Uma vez que pode o funcionário, demitido por inquérito administrativo, trazer o caso ao Poder Judiciário – este ponto é pacífico e tranquilo, não oferece qualquer contestação – e se o Poder Judiciário pode e deve, para julgar, pesar as provas, rastrear-las e sopesá-las, terá que verificar se a motivação do ato administrativo é justa ou injusta'** (Revista de Direito Administrativo, v. III, p. 69).''²*

² José Armando da Costa, "Controle Judicial do Ato Disciplinar", Brasília Jurídica, Brasília, 2002, págs. 42/50.

O Professor e jurista CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, ao tratar em sua Obra “Curso de Direito Administrativo” da Discricionariiedade Administrativa delimita o campo do controle judicial ministra as seguintes lições:

“(...) Mérito do ato. 17. Mérito do ato é o campo de liberdade suposto na lei e que efetivamente venha a remanescer no caso concreto, para o administrador, segundo critérios de conveniência e oportunidade decida-se entre duas ou mais soluções admissíveis perante a situação vertente, tendo em vista o exato atendimento da finalidade legal, ante a impossibilidade de ser objetivamente identificada qual delas seria a única adequada. (...)

Extensão do controle judicial. 41. Nada há de surpreendente, então, em que o controle judicial dos atos administrativos, ainda que praticados em nome de alguma discricção, se estenda necessária e insuperavelmente à investigação dos motivos, da finalidade e da causa do ato. Nenhum empeco existe a tal proceder, pois é meio – e, de resto, fundamental – pelo qual se pode garantir o atendimento da lei, a afirmação do direito. Juristas dos mais ilustres, assim estrangeiros que nacionais, em concorde unanimidade proclamam a correção deste asserto.

Exame dos motivos. 42. O eminente Caio Tácito, há mais de 30 anos, averbou nada existir de insueto no exame, pelos nossos Tribunais, dos motivos do ato. Verbis: ‘Em repetidos pronunciamentos, os nossos Tribunais têm modernamente firmado o conhecimento, pelo Poder Judiciário, das circunstâncias objetivas do caso. Ainda recentemente, em acórdão no RE 17.126, o STF exprimiu, em resumo modelar, que cabe ao Poder Judiciário apreciar a realidade e a legitimidade dos motivos em que se inspira o ato discricionário da Administração.’

Do mesmo mestre são os seguintes excertos: ‘Se inexistente o motivo, ou se dele o administrador extraiu consequências incompatíveis com o princípio de Direito aplicado, o ato será nulo por violação de legalidade. Não somente o erro de direito como o erro de fato autorizam a anulação jurisdicional do ato administrativo. ‘Negar ao juiz a verificação objetiva da matéria de fato, quando influente na formação do ato administrativo, será converter o Poder Judiciário em mero endossante da autoridade administrativa, substituir o controle da legalidade por um processo de referenda extrínseco. As violações mais audaciosas à legalidade, afetando a finalidade da competência do administrador ou alicerçando-se em motivo falso ou inidôneo, somente podem ser aferidas mediante conhecimento judicial dos trâmites do ato censurado.’ (...)

É, pois, precisamente em casos que comportam discricção administrativa que o socorro do Judiciário ganha foros de remédio mais valioso, mais ambicioso e mais necessário para os jurisdicionados, já que a pronúncia representa garantia última para contenção do administrador dentro dos limites de liberdade efetivamente conferidos pelo sistema normativo. (...)”¹³

¹³ Celso Antônio Bandeira de Mello, “Curso de Direito Administrativo”, Malheiros, São Paulo, 24ª edição, 2007, págs. 938/965.

Conclusão

Não é difícil concluir que o legislador pretendeu, com a modificação introduzida pela EC 45/2004, além de simplesmente ampliar a competência da Justiça Militar Estadual conferindo a ela julgamento de ações civis contra atos disciplinares, propiciar julgamento mais abrangente do que a simples análise da forma do ato, o que, força convir, já fazia a Justiça Comum Estadual. Não é crível que se pretendesse mais do mesmo ou simples redivisão de serviços. Fica claro que a intenção da inovação introduzida pela EC 45/2004 foi **“apurar se se deu o fenômeno jurídico da incidência da norma invocada sobre o evento ou eventos históricos que a autoridade ou o agente administrativo reputou verdadeiros à luz da prova, caso em que o ato seria legal”**, repetindo as palavras do Ministro Cezar Peluso no julgamento já citado, ou, então, caso contrário, proclamando o Judiciário a ilegalidade do ato com todas as consequências, o que desde a promulgação da emenda até a presente data não se fez, cingindo-se o Judiciário Castrense a um exame superficial e formal do ato, sem perquirir a adequação do fato à norma ou até a ocorrência do fato autorizador da aplicação da norma.

Deixando de realizar o exame da incidência da norma invocada ao evento reputado verdadeiro, a Justiça Militar Estadual está abrindo mão da mais importante incumbência que a EC 45/2004 lhe conferiu. Contando com magistrados, em ambas as instâncias, aptos a analisar as implicações das punições disciplinares, cuja aplicação se tem deixado unicamente a critério da autoridade militar, e, portanto, restringindo o julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares a um mero exame da forma, a Justiça Militar fica muito aquém do que dela se esperava quando o legislador introduziu nova competência no âmbito da Justiça Militar Estadual. Não cremos que o tenha feito para ter mais do mesmo.

Conclusão final

Concluindo, é preciso que a Justiça Militar Estadual vá além do simples exame formal do ato nas ações judiciais contra atos disciplinares, o que já era feito criteriosamente pela Justiça Comum antes da EC 45/2004, assumindo de uma vez por todas a importância de seu pronunciamento sobre a incidência da norma invocada pela autoridade ao caso concreto, cabendo-lhe, mais, dizer se ocorreram os fatos ou não. Estará mais segura a administração militar ao impor a sanção sabendo que o Poder Judiciário referendará o ato, sempre que examinados os seus pressupostos, se assim for o caso e, mais protegido aquele punido com a sanção disciplinar, seguro de que eventual ilegalidade não passará pelo rigoroso crivo do Poder Judiciário.

A absolvição criminal e a repercussão no cível

Flávio Willishan Mendonça Dias*

Resumo. *O presente artigo visa enfatizar a repercussão na esfera cível da decisão absolutória criminal transitada em julgado, vinculando a decisão cível à sentença criminal absolutória firmada na Justiça Militar, quando, embora a sentença tenha fixado a absolvição nos termos do artigo 439, “c”, do CPPM, seu bojo tenha fundamento na prova de negativa de autoria. Fato que, para alguns operadores do direito, encerra certa dificuldade em reconhecer sua repercussão na esfera cível e administrativa diante da Lei 11.690/08 que, prestigiando a prova produzida nos autos, alterou apenas o artigo 386, do CPP, inserindo entre as circunstâncias absolutórias “estar provado que o réu não concorreu para a infração penal”, dando nova redação ao inciso IV, silenciando quanto ao correspondente artigo do Código de Processo Penal Militar.*

Abstract. *This article aims to emphasize the impact of criminal acquittal decision has become final in the civil sphere, linking the verdict to the civil acquittal criminal sentence signed in the military courts, where, although the sentence has fixed the acquittal pursuant to article 439, “c”, the CPPM, its core has a negative basis in the evidence of authorship. Fact that for some law operators, encloses some difficulty in recognizing its impact on civil and administrative sphere before the law 11.690/08, which, honoring the evidence added in the proceedings, only changed article 386 of the CPP, by inserting between the acquittals circumstances “being evidenced that the defendant did not contest to the criminal charge”, providing new amendment to section IV, and silencing the corresponding article from the Military Code of Penal Proceedings.*

Introdução

A repercussão da sentença criminal absolutória no cível causa elevada discussão, sobremaneira quando a absolvição do militar se dá nos termos da letra “c”, do artigo 439, do Código de Processo Penal Militar.

Cediço que o Código de Processo Penal Militar (CPPM) não possui entre as circunstâncias de absolvição “*estar provado que o réu não concorreu para a infração penal*”, deixando os Juízes de Direito do juízo militar ou os órgãos competentes adstritos às letras “a”, “b”, “c”, “d”, “e” e “f” do artigo 439 do CPPM¹. Portanto, mesmo diante

* Advogado militante na Justiça Militar do Estado de São Paulo, Especialista em Direito Militar pela UNICSUL, Especialista em Direito Civil pela FMU.

¹ Art. 439. O Conselho de Justiça absolverá o acusado, mencionando os motivos na parte expositiva da sentença, desde que reconheça:

- a) estar provada a inexistência do fato, ou não haver prova da sua existência;
- b) não constituir o fato infração penal;
- c) não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal;
- d) existir circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade ou imputabilidade do agente (arts. 38, 39, 42, 48 e 52 do Código Penal Militar);

da prova de negativa de autoria, o julgador fica obrigado a firmar o decreto absolutório nos termos da alínea “c”, o que, com todo respeito, fazem por aproximação, pois, é a circunstância que mais se aproxima da tese de negativa de autoria.

Com efeito, a fomentada discussão acerca da repercussão da sentença criminal absolutória produzida no processo penal militar, nos termos da alínea “c” do artigo 439, do CPPM toma elevada proporção quando o jurisdicionado, na busca da tutela jurisdicional, leva esta sentença ao juízo cível para ver declarada a nulidade do ato administrativo disciplinar, que pelos mesmos fatos apurados no processo crime, imputou-lhe a exclusão dos quadros da Corporação.

A celeuma instala-se sobre em que se fundou a parte dispositiva da sentença, ou seja, se houve o reconhecimento da negativa de autoria ou da falta de provas para a condenação do acusado.

Para os delitos processados na justiça comum, sob os trilhos do Código de Processo Penal comum, esta celeuma não existe mais, pois, com a alteração trazida pela Lei 11.690/08, o magistrado do juízo penal comum adquiriu mais uma circunstância para fixar sua decisão, certamente, mais próxima da realidade do conjunto probatório.

Assim, na jurisdição penal comum, reconhecendo a negativa de autoria, o magistrado absolverá o acusado nos termos da nova redação do inciso IV, do artigo 386, do CPP². Conquanto, a discussão que se firma é a possibilidade da sentença penal militar, com fulcro na alínea “c”, do artigo 439 do CPPM alicerçada na negativa de autoria ter a mesma repercussão na esfera cível que tem a sentença penal comum fixada nos termos da atual redação do inciso IV, do artigo 386, do Código de Processo Penal comum.

Sentença criminal

Cediço que o Direito Processual Penal Militar, assim como o comum, é o ramo do Direito Público que regula a função do Estado de julgar as infrações penais e aplicar as penas. Com efeito, a jurisdição penal militar atua amparada no “jus puniendi” do Estado, ou melhor, no direito privativo do Estado de punir. O exercício deste direito subjetivo resulta em uma solução, conhecida como sentença que em sentido estrito é definitiva. A formação da sentença exige a observação de

e) não existir prova suficiente para a condenação;

f) estar extinta a punibilidade.

² Art. 386. O juiz absolverá o réu, mencionando a causa na parte dispositiva, desde que reconheça:

I - estar provada a inexistência do fato;

II - não haver prova da existência do fato;

III - não constituir o fato infração penal;

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

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

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

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

uma forma e, segundo ensina JÚLIO FABBRINI MIRABETE, “*para ter existência como pronunciamento da vontade emitida pelo juiz, deve ser formulada de modo a respeitar os requisitos formais estabelecidos pela lei*”³.

No Código de Processo Penal Militar a sentença criminal deve obedecer aos requisitos do artigo 438, alíneas “a” a “e”, contendo a exposição de motivos, a motivação e a conclusão.

Cedição que a sentença criminal pode ser *condenatória*, quando impõe uma pena ao réu; *absolutória*, quando declara que o acusado é isento de responsabilidade penal e *terminativa* quando encerra o processo sem decidir a lide (que julga extinta a punibilidade, que rejeita a inicial por atipicidade ou inviabilidade da acusação etc).

A sentença criminal absolutória proferida na justiça militar e sua repercussão no cível

Cedição que a sentença absolutória do Processo Penal Militar, pela improcedência do pedido, retira do acusado os grilhões da acusação está prevista no artigo 439 do Código de Processo Penal Militar.

Diante do caso concreto o Juiz de Direito do juízo militar ou o órgão competente devem absolver o acusado quando reconhecerem a presença de alguma das circunstâncias previstas nas letras “a”, “b”, “c”, “d”, “e” e “f”, ou seja, respectivamente, “*estar provada a inexistência do fato, ou não haver prova da sua existência*”; “*não constituir o fato infração penal*”; “*não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal*”; “*existir circunstância que exclua a ilicitude do fato ou a culpabilidade ou imputabilidade do agente (arts. 38, 39, 42, 48 e 52 do Código Penal Militar)*”; “*não existir prova suficiente para a condenação*” e, finalmente, “*estar extinta a punibilidade*”.

Entretanto, no Código de Processo Penal comum, embora possua dispositivo correspondente ao Código de Processo Penal Militar, os requisitos da absolvição não são mais idênticos, pois, atualmente, destaca-se a nova redação do inciso IV, do artigo 386 - “*estar provado que o réu não concorreu para a infração penal*”.

Ocorre que até 9 de agosto de 2008 a disposição do artigo 386 do Código de Processo Penal comum era idêntica à disposição do artigo 439 do Código de Processo Penal Militar. Entretanto, a Lei 11.690, de 9 de junho de 2008 inovou no processo penal comum, alterando o texto do inciso IV do artigo 386 e, infelizmente, a inteligência do legislador não alcançou o Código de Processo Penal Militar, restringindo a nova circunstância absolutória apenas ao Direito Processual Penal comum.

Em concreto, a absolvição criminal proferida na justiça militar possui efetiva e considerável repercussão em duas frentes distintas, uma no campo da responsabilidade civil, quando a vítima tem o interesse de buscar a reparação cível pelo dano sofrido, o que, alias, não traz discussão ou resistência quando há a condenação criminal do

³ Mirabete, Júlio Fabbrini. Código de processo penal interpretado. 8ª ed. - São Paulo: Atlas, 2001, pág. 818.

servidor. A outra repercussão que emana da sentença absolutória é a possibilidade do servidor militar excluído do serviço público militar ser reintegrado nos quadros da Administração Pública Militar.

Com efeito, acerca da reparação cível, verte do Título IV, do Livro I, do Código de Processo Penal comum, o direito subjetivo de a vítima buscar a jurisdição cível para pleitear a reparação de eventual dano sofrido (arts. 63/68), disciplinando no artigo 63 a execução civil da sentença condenatória transitada em julgado, e no artigo 64 a ação cível em razão de ilícito penal, cuja reparação é assegurada pelos procedimentos de busca domiciliar e do seqüestro preconizado no artigo 125, do arresto ou, como denomina o Código, seqüestro previsto no artigo 126 e também a inscrição da hipoteca legal prevista nos artigos 134 e 135, todos do Código de Processo Penal comum.

Entretanto, no Código de Processo Penal Militar não encontramos correspondentes aos artigos 63 a 68 do Código de Processo Penal comum, não há um título especialmente reservado para a execução cível da sentença condenatória firmada na Justiça Militar. No Código Processual Castrense observa-se um Capítulo Único para tratar de questões prejudiciais (art's. 122/127), envolvendo questões de mérito e sobre o estado civil de pessoa envolvida no processo, não envolvendo ou disciplinando possível reparação civil ou a formação de um título executivo judicial para ser executado na jurisdição cível, apenas dispõe que ao Juiz de Direito do juízo militar ou o órgão competente para apreciar a questão prejudicial, reconhecendo a presença de questão prejudicial, a pedido das partes ou de ofício (art. 127), caberá dirigir-se ao órgão competente do juízo cível, para a promoção da ação civil ou prosseguimento da que tiver sido iniciada, bem como de quaisquer outras providências que interessem ao julgamento do feito (art. 126), suspendendo o processo até a solução pelo juízo cível (art. 124).

Embora a lacuna exista, não se pode olvidar que o Código Civil possui dispositivos hábeis a contornar a omissão do legislador em dispor no Código de Processo Penal Militar as mesmas observações dispostas nos artigos 63 à 68 do Código de Processo Penal comum, pois, em primeiro, o artigo 935 do Código Civil⁴ preconiza que a responsabilidade civil é independente da criminal; em segundo, o artigo 927 do Código Civil⁵ assegura que quem por ato ilícito (art's. 186⁶ e 187⁷) causar dano a outrem fica obrigado a repará-lo. Ainda, permeando a

⁴ Art. 935. A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

⁵ Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

⁶ Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

⁷ Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

responsabilidade civil, os delitos cometidos por servidores militares normalmente alcançam a responsabilidade civil objetiva do Estado, que emana do artigo 37, § 6º, da Constituição Federal, cuja teoria do risco integral ou risco administrativo impõe à vítima a devida reparação cível, aliás, nesse sentido:

EMENTA: "Ação de indenização por danos morais e materiais – Responsabilidade Objetiva – Art. 37, §6º, da Constituição Federal – Circunstância em que o falecido filho da autora, Policial Militar Temporário, foi vítima de disparo de arma de fogo por um colega dentro do 18º Batalhão da PM – Homicídio Culposo – Hipótese em que a arma calibre 12 disparou acidentalmente – Verbas indenizatórias bem fixadas e, mantidas – Pensão mensal devida – Tutela deferida – Sentença mantida – Recursos Improvidos". (Apelação Cível nº 990.10.268110-6. Rel. Des. Luiz Bursa Neto, 12ª Câmara de Direito Público, julgado em 24.11.2010).

Portanto, insofismável que a lacuna no Código de Processo Penal Militar sobre a “ação civil” preconizada nos artigos 63 a 68 do Código de Processo Penal comum em nada ataca a reparação do dano sofrido pela vítima de fatos processado na Justiça Militar.

Ainda tratando da lacuna do Código de Processo Penal Militar, em que pese não haver idêntico dispositivo correspondente ao artigo 65 do Código de Processo Penal⁸ comum, impondo que faz coisa julgada no cível a sentença criminal que absolver o acusado por alguma das excludentes de ilicitude, não se de olvidar que à luz do artigo 188 do Código Civil⁹ não constitui atos ilícitos os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido e os que causarem a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente, salientando que quando ocorrer deterioração ou destruição da coisa, ou lesão a pessoa a ação somente será legítima se as circunstâncias tornarem a ação absolutamente necessária, não permitindo ao agente exceder aos limites do indispensável para a remoção do perigo, circunstâncias que, data vênua, estão em perfeita harmonia com as excludentes mencionadas na letra “d”, do artigo 439, do Código de Processo Penal Militar.

Logo, por esse viés, data máxima vênua, o artigo 188 do Código Civil dá o amparo necessário para afastar eventual prejuízo ou injustiça que a lacuna supramencionada pudesse fomentar.

⁸ Art. 65. Faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer ter sido o ato praticado em estado de necessidade, em legítima defesa, em estrito cumprimento de dever legal ou no exercício regular de direito.

⁹ Art. 188. Não constituem atos ilícitos:

I - os praticados em legítima defesa ou no exercício regular de um direito reconhecido;

II - a deterioração ou destruição da coisa alheia, ou a lesão a pessoa, a fim de remover perigo iminente. Parágrafo único. No caso do inciso II, o ato será legítimo somente quando as circunstâncias o tornarem absolutamente necessário, não excedendo os limites do indispensável para a remoção do perigo.

Contudo, entre nós, maior relevo está na pretensão do servidor militar ser reintegrado nos quadros da Administração Pública Militar em razão da absolvição criminal proferida na Justiça Militar. A doutrina esclarece que a reintegração do servidor emana de uma exclusão ilegal, segundo a lição do saudoso HELY LOPES MEIRELLES “*reconhece-se que a pena de demissão foi ilegal, e, em razão desse reconhecimento, restauram-se todos os direitos do demitido, com seu retorno ao cargo e o pagamento das indenizações devidas*”¹⁰.

Com efeito, aos servidores da União o artigo 126, da Lei 8.112/90,¹¹ impõe que a responsabilidade administrativa será afastada quando houver a absolvição criminal por inexistência do fato ou negativa de autoria, norma aplicada por analogia aos servidores estaduais e municipais onde não há correspondente legal. Entretanto, no Estado de São Paulo, a Constituição Estadual, no §3º do artigo 138¹² preconizou o direito subjetivo dos servidores militares demitidos serem reintegrados aos quadros da Corporação quando absolvidos pela justiça na ação referente ao ato que deu causa à demissão, com todos os direitos restabelecidos.

Sem embargos, de modo geral, é pacífico o entendimento de que, ausente o resíduo administrativo, quando a absolvição se der nos termos das alienas “a” (primeira parte) e “d” do artigo 439 do Código de Processo Penal Militar, a decisão cível de eventual ação declaratória, pleiteando a anulação de ato administrativo que decretou a exclusão do servidor dos quadros da Administração Pública Militar estará vinculada à sentença criminal.

Com efeito, na sentença absolutória firmada nos termos da alínea “c”, do artigo 439 do Código de Processo Penal Militar repousa justificada controversa sobre o direito de reintegração do servidor público militar nos quadros da Corporação que lhe excluiu pelos mesmos fatos da denúncia penal militar, pois, indaga-se se, no caso concreto, verte um juízo de dúvida por conta de “não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal”, ou de um juízo firme, categórico de que não houve a participação do acusado na ação delitiva, prestigiando a negativa de autoria.

Quanto a absolvição por não existir prova da participação do acusado na empreitada delitiva, a doutrina afirma que ela não é suficiente para afastar a responsabilidade civil e administrativa do servidor, salientando que as esferas penal, cível e administrativa são independentes.

HELY LOPES MEIRELLES, com a consagrada autoridade, leciona que “*A absolvição criminal só afasta a responsabilidade administrativa e civil quando*

¹⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16ª ed. - - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988, pág. 387.

¹¹ Art. 126. A responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria.

¹² Artigo 138 - São servidores públicos militares estaduais os integrantes da Polícia Militar do Estado. (...)

§3º - O servidor público militar demitido por ato administrativo, se absolvido pela Justiça, na ação referente ao ato que deu causa à demissão, será reintegrado à Corporação com todos os direitos restabelecidos.

*ficar decidida a inexistência do fato ou a não autoria imputada ao servidor, dada a independência das três jurisdições*¹³”, ainda, com a dedicação que lhe era peculiar, indica os seguintes precedentes jurisprudenciais “*STF DRA 30/101; 36/112; 51/179; 52/182; 54/253; TFR RDA 26/125; 48/153; TJSP RDA 51/183; 51187 e 57/201*¹⁴”.

Na mesma direção, a doutrina e a jurisprudência se unem no sentido de que a absolvição criminal firmada nos termos do artigo 439, “c”, do Código de Processo Penal Militar não enseja a vinculação na esfera cível, quando fundada em ausência de prova de ter o acusado concorrido para a infração penal, nesse sentido:

ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO LÍQUIDO E CERTO NÃO DEMONSTRADO. REEXAME EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALEGADA VIOLAÇÃO AOS ARTS. 439 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL MILITAR E 935 DO CÓDIGO CIVIL. IMPOSSIBILIDADE DE REVERSÃO DO JULGADO.

1. (...)

2. *A alegação de afronta ao art. 439, alínea c, do Código de Processo Penal Militar e ao art. 935 do Código de Processo Civil, não possui o condão de reverter o entendimento adotado pelo Tribunal a quo, porquanto, na espécie, a segurança foi denegada não em razão do exame das questões de mérito, mas porque o mandamus não fora instruído com prova pré-constituída do direito vindicado.*

3. *Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1019280/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, DJe 04/05/2011).*

* * *

ADMINISTRATIVO. MILITAR. RECURSO ESPECIAL. POLICIAL MILITAR. MANDADO DE SEGURANÇA. REINTEGRAÇÃO AO CARGO. SENTENÇA ABSOLVITÓRIA COM FUNDAMENTO NO ART. 493, C, DO CPPM. DIREITO LÍQUIDO E CERTO. AUSÊNCIA.

1. *O STJ pacificou entendimento no sentido de que a absolvição na esfera criminal, por ausência de prova nos autos relativa ao fato de ter o acusado concorrido para a infração penal, não tem o condão de excluir a condenação administrativa.*

2. *Recurso especial a que se nega provimento. (Resp 1028436/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU, QUINTA TURMA; DJe 17/11/2011).*

¹³ *Ibidem* pág. 411.

¹⁴ *Ibidem*, pág. 411

Contudo, é na absolvição criminal fundada na negativa de autoria, com base na existência de prova de que o acusado não concorreu para a infração penal que se instala a indevida dificuldade de reconhecimento da repercussão da absolvição criminal nos termos do artigo 439 “c” do Código de Processo Penal Militar na esfera cível e administrativa.

Segundo consideram alguns pensadores, tal circunstância absolutória não está expressamente mencionada no artigo 439 do Código de Processo Penal Militar como está no artigo 386 do Código de Processo Penal comum, pois, conforme já adiantado alhures, o legislador não estendeu a alteração trazida pela Lei 11.690/08 ao Código de Processo Penal Militar criando uma grave injustiça.

A importância da alteração trazida pela Lei 11.690/08 se fixa justamente na repercussão da absolvição criminal do Processo Penal Militar, pois, não possuindo este a hipótese da absolvição por “*estar provado que o réu não concorreu para a infração penal*”, o Juiz de Direito do juízo militar ou o órgão competente, quando na esfera de suas respectivas competências reconhecem a negativa de autoria, ou seja, que o réu não participou da empreitada delitiva, está obrigado a fixar na sentença uma das alíneas do artigo 439 do Código de Processo Penal Militar, fixando, por aproximação, a circunstância da alínea “c”, do referido artigo do *Codex Processual Castrense*, isto porque, insofismavelmente, é a circunstância que mais se aproxima da realidade processual, qual seja, **estar provado que o réu não concorreu para a infração penal**.

Em concreto, outra não é a lição que se extrai da lúcida sentença da lavra do sempre assaz Dr. *Lauro Ribeiro Escobar Junior*, Juiz de Direito do juízo militar da Segunda Auditoria – Divisão Cível, do E. TJMSP, que, com a devida vênua, colacionamos:

*“Analisado as hipóteses legais para a fundamentação de uma sentença absolutória no Código de Processo Penal Militar, não se verifica **expressamente**, a circunstância “negativa de autoria”, sendo que a que mais e aproxima disso é a letra “c” do art. 439 do CPPM. É certo que tal situação já se encontra superada pelo Código de Processo Penal comum, uma vez que a Lei 11.690/08, dando nova redação ao art. 386, inseriu o inciso IV, que dispõe: “estar provado que o réu não concorreu para a infração penal”. No entanto no estatuto processual castrense a lacuna ainda perdura.*

*Tendo em vista este fato, entendo que quando um Policial Militar é absolvido com fulcro na alínea “c” do art. 439 do CPPM, o Juiz, na esfera Cível, deve estar **atento quanto ao teor desta decisão absolutória**: se a decisão criminal absolutória entendeu que simplesmente não havia prova de que o acusado participou do evento delituoso **ou** entendeu que há provas de que ele não foi o autor do delito. Ou seja, há casos em que embora a decisão criminal se dê pelo fato de “não existir prova de ter o acusado concorrido para a infração penal”, deve ser a mesma interpretada no sentido de que há provas de que o acusado não foi o autor da infração penal”. Até porque*

a alínea “e” do citado artigo já prevê a hipótese de absolvição quando não existir prova suficiente para a condenação.

Concluindo: o disposto na alínea “c” do dispositivo citado pode conter uma certeza penal, dependendo da fundamentação da decisão absolutória, uma vez que pode abranger a negativa de autoria.

Aliás, tal fato foi muito observado por EDUARDO ESPÍNDOLA FILHO, AO COMENTAR O antigo inciso IV do art. 386 do Código de Processo Penal (atualmente este dispositivo se acha inculpidado no inciso V), cuja redação foi reproduzida na alínea “c” do art. 439 do Código de Processo Penal Militar: ‘A sentença absolutória deve, necessariamente, salientar se ficou provado que o réu não teve participação na infração penal, ou se apenas não ficou suficientemente provado que tenha sido ele o autor ou de que haja, como co-autor, contribuído para o delito’ (in Código de Processo Penal Brasileiro Anotado, 6ª Edição, vol IV, Borsi, 1965, p. 127).

Portanto, para que uma ou outra situação fique cabalmente delineada se faz necessária uma leitura mais profunda das provas carreadas ao processo penal, do alegado pelas partes neste e, principalmente, da fundamentação da r. sentença penal ao acolher uma ou outra fundamentação.

No caso concreto, pelo que se extrai da análise das peças acima relacionadas, percebe-se que a decisão se fundou na negativa de autoria¹⁵.”

Por sua vez, a jurisprudência firmada no STJ, soldado a frente do direito, com as mesmas razões e fundamentos assim avança sobre a trincheira da dúvida:

ESFERAS PENAL E ADMINISTRATIVA. REPERCUSSÃO.

A quaestio juris diz respeito à possibilidade de desconstituição do ato que excluiu militar dos quadros da Polícia Militar estadual após comissão disciplinar, tendo em vista a apresentação de fato novo relativo à sua absolvição na esfera criminal com fundamento no art. 439, e, do CPPM. A Turma negou provimento ao recurso ao adotar o entendimento de que a absolvição na esfera criminal por insuficiência de provas não interfere na seara da punição administrativa, **tendo, porém, repercussão na instância administrativa apenas quando a sentença proferida no juízo criminal nega a existência do fato criminoso ou afasta sua autoria.** Precedentes citados: REsp 770.712-SP, DJ 23/10/2006; REsp 409.890-RS, DJ 19/12/2002; RMS 10.496-SP, DJ 9/10/2006, e AgRg no REsp 1.019.280-SP, DJe 4/5/2011. REsp 1.028.436-SP, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu (Desembargador convocado do TJ-RJ), julgado em 15/9/2011 (Informativo nº 0483 Período: 12 a 23 de setembro de 2011.). (g.n)

* * *

¹⁵ Processo 2914/09 (0003568-68.2009.9.26.0020), que fluiu na MM 2ª Auditoria – Divisão Cível, do TJMS.

DIREITO ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EX-POLICIAL MILITAR. REVISÃO DE ATO DEMISSÓRIO. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA. ESFERAS ADMINISTRATIVA E PENAL. COMUNICABILIDADE. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. “Em regra, vigora entre as instâncias administrativa e penal o princípio da incomunicabilidade, ressalvadas as hipóteses de reconhecimento, na esfera criminal, da inexistência do fato ou da negativa de autoria” (AgRg no REsp 923.763/RJ, Rel. Min. JORGE MUSSI, Quinta Turma, DJe 22/4/08).

2. Considerando-se que a tese principal argüida pelo autor na inicial refere-se à sua suposta inocência acerca dos fatos que importaram em sua exclusão das fileiras da Polícia Militar de São Paulo, é de rigor reconhecer que o prazo prescricional encontrava-se suspenso até o trânsito em julgado da sentença criminal, sendo irrelevante, no caso, que tenha ocorrido a extinção da pretensão punitiva do Estado em decorrência da prescrição.

3. Recurso especial conhecido e improvido. (REsp 1034162/SP, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJe 01/02/2010). (g.n).

* * *

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. POLICIAL MILITAR DO ESTADO DE PERNAMBUCO. ACUSAÇÃO DE HOMICÍDIO. EXCLUSÃO DA CORPORÇÃO. SUPERVENIENTE SENTENÇA CRIMINAL ABSOLUTÓRIA COM BASE NO MESMO FATOS. NEGATIVA DE AUTORIA. INEGÁVEL REPERCUSSÃO NA SEARA ADMINISTRATIVA. RECURSO PROVIDO.

1. O Poder Judiciário pode e deve sindicá-lo amplamente, em mandado de segurança, o ato administrativo que aplica a sanção de demissão a Servidor Público, para verificar (a) a ocorrência dos ilícitos imputados ao Servidor e, (b) mensurar a adequação da reprimenda à gravidade da infração disciplinar, não ficando a análise jurisdicional limitada aos seus aspectos formais.

2. A teor do art. 462 do CPC, a constatação de fato superveniente que possa influir na solução do litígio deve ser considerada pelo Tribunal competente para o julgamento, sendo certo que a regra processual não se limita ao juízo de primeiro grau, porquanto a tutela jurisdicional, em qualquer grau de jurisdição, deve solucionar a lide na forma como se apresenta no momento do julgamento.

3. O Processo Administrativo Disciplinar não é dependente da instância penal, porém, quando o Juízo Penal já se pronunciou sobre os fatos que constituem, ao mesmo tempo, o objeto do PAD, exarando sentença absolutória por negativa de autoria, não há como se negar a sua inevitável repercussão no âmbito administrativo sancionador.

4. *A teor do art. 126 da Lei 8.112/90, aplicável ao caso por analogia, a responsabilidade do Servidor deverá ser afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou sua autoria, exceto se houver falta disciplinar residual, não englobada na sentença penal absolutória (Súmula 18/STF).*

5. *Refoge ao senso de justiça que se tenha o mesmo fato por não provado no crime e provado na esfera administrativa punitiva, como se esta pudesse se satisfazer com prova incompleta, deficiente ou inconclusiva; a necessária independência entre as instâncias administrativa e penal, não exclui o imperioso equilíbrio entre elas, capaz de impingir coerência às decisões sancionatórias emanadas do Poder Público, sejam proferidas pelo Executivo ou pelo Judiciário.*

6. *A materialização do dever-poder estatal de punir deve estar compatibilizada com os preceitos fundamentais que tutelam a dignidade da pessoa humana, de sorte que o julgamento do Processo Administrativo Disciplinar não pode consubstanciar ato arbitrário pautado em presunções, mas deve sempre estar calcado em liquidez e certeza, assegurando a aplicação do princípio da segurança jurídica entre as partes.*

7. *Recurso provido para anular o ato de demissão do recorrente do cargo de Policial Militar do Estado de Pernambuco, determinando sua imediata reintegração ao posto. (RMS 30511/PE. Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma; DJe 22/11/2010).*

Da vinculação da decisão cível à sentença criminal proferida na justiça militar. É do conhecimento comum que a responsabilidade civil é independente da criminal, entretanto, conforme verte da própria lei, esta independência não é absoluta, pois, ao juízo cível não será admitido questionar a existência do fato e a autoria quando o juízo criminal já houver decidido sobre estas questões. Em outras palavras, quando, no processo penal militar, a sentença decretar que os fatos narrados na denúncia existiram e que a autoria pertence ao acusado, ou, ao contrário, reconhecer a inexistência do fato ou a negativa de autoria, estas questões estarão vinculadas à decisão cível, não cabendo ao juiz imiscuir-se sobre elas.

Também não se pode olvidar que, guardadas as excepcionais hipóteses de revisão¹⁶, a atividade jurisdicional tem caráter definitivo, no sentido de que com a concessão da tutela jurisdicional definitiva, ou melhor, com a sentença transitada em julgado, a manifestação do juiz é imutável, impossível de ser modificada ou extinta, ainda que por outro magistrado, tornando a coisa julgada¹⁷.

¹⁶ Artigos 550/552 do Código de Processo Penal Militar; artigos 621/631 do Código de Processo Penal; artigo 485 do Código de Processo Civil e artigo 836 da Consolidação das Leis do Trabalho.

¹⁷ Na lição de Teresa Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina “a coisa julgada é instituto cuja função é a de estender ou projetar os efeitos da sentença indefinidamente para o futuro. Com isso, pretende-se zelar pela segurança extrínseca das relações jurídicas cristalizadas endoprocessualmente.

Assim, a justiça pátria não admite a rediscussão dos mesmos fatos, quando, na busca da tutela jurisdicional, se tratar de questões envolvendo a materialidade, ou melhor, existência do fato, assim como sua autoria. Nesse sentido, o E. STJ vem produzindo o seguinte entendimento:

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. EMPRESA DE VIGILÂNCIA E ESTABELECIMENTO BANCÁRIO. HOMICÍDIO. VIGILANTE QUE ATUA EM LEGÍTIMA DEFESA. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. COISA JULGADA PARA A JURISDIÇÃO CIVIL.

- 1. O Tribunal a quo manifestou-se acerca de todas as questões relevantes para a solução da controvérsia, tal como lhe fora posta e submetida. Não cabe alegação de violação do artigo 535 do CPC, quando a Corte de origem aprecia a questão de maneira fundamentada, apenas não adotando a tese da recorrente. Precedentes.*
- 2. A coisa julgada só pode atingir o réu do processo penal, não os possíveis responsáveis no âmbito cível, pois a sentença faz coisa julgada entre as partes, não beneficiando, nem prejudicando terceiros (art. 472, CPC).*
- 3. A decisão na esfera criminal somente gera influência na jurisdição cível, impedindo a rediscussão do tema, quando tratar de aspectos comuns às duas jurisdições, ou seja, quando tratar da materialidade do fato ou da autoria, segundo previsto no art. 935 do CC/2002 (que repetiu o disposto no art. 1.525 do CC/1916).*
- 4. O reconhecimento da legítima defesa do vigilante no juízo criminal não implica, automaticamente, a impossibilidade da parte autora requerer indenização pelos danos ocorridos, especialmente quando, como no caso ora em análise, pugna pelo reconhecimento da responsabilidade civil objetiva do Banco e da Empresa de Vigilância, obrigados em face do risco da atividade.*
- 5. Em relação à alegada culpa exclusiva da vítima, a revisão das conclusões realizadas com base no arcabouço fático-probatório delineado nas instâncias ordinárias é vedada em sede de recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ.*
- 6. Em relação ao Banco, o acórdão já transitou em julgado, porquanto o agravo de instrumento interposto sob o nº 631.221/RJ não foi conhecido por esta Corte (decisão publicada em 12/11/2004 e transitada em julgado em 23/11/2004).*

Esta segurança extrínseca das relações jurídicas gerada pela coisa julgada material traduz-se na impossibilidade de que haja outra decisão sobre a mesma pretensão” O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 21/22.)

7. *A relação jurídica existente entre o contratante/usuário de serviços bancários e a instituição financeira é disciplinada pelo Código de Defesa do Consumidor, conforme decidido na ADI 259.*

8. *Tendo em vista a existência de defeito no serviço prestado (art. 14, § 1º, do CDC), o qual ocasionou a morte do companheiro da autora, aplica-se o disposto no art. 14 do CDC, o qual prevê a responsabilidade objetiva do Banco.*

9. *Respondem solidariamente pela indenização todos os responsáveis pelo acidente de consumo, inclusive os terceiros que prestaram serviço mediante contratação.*

10. *Face o risco profissional da atividade bancária, a instituição financeira obrigada pela Lei n. 7.102/83 a tomar todas as cautelas necessárias a assegurar a segurança de seus clientes e funcionários.*

11. *Considerando-se as peculiaridades do caso, bem como os padrões adotados por esta Corte na fixação do valor indenizatório a título de danos morais por morte, reduzo a indenização arbitrada pelo Tribunal de origem para o valor de R\$ 232.500,00 (duzentos e trinta e dois mil e quinhentos reais), correspondente à 500 salários mínimos atuais. Correção monetária a partir da presente data e juros moratórios a partir do evento danoso.*

12. *Recurso especial parcialmente conhecido e, na extensão, provido. (Resp 686486/RJ. Rel. Ministro LUIZ FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, DJe 27/04/2009). (g.n).*

Da proteção da coisa julgada. Nesse sentido a razão de ser da coisa julgada é a segurança jurídica, alçada a princípio pela Constituição Federal, cuja missão é afastar eventual conflito entre decisões sobre os mesmos fatos e instalar a estabilidade, a certeza e a segurança esperada do Direito.

Desta forma concluímos que, além da vinculação extraída do artigo 935 do Código Civil, em eventual demanda cível, não poderá o juiz cível imiscuir-se sobre a autoria e existência do fato, sob pena de atacar a coisa julgada, instituto que impede nova análise dos fatos decididos e transitados em julgado, ferindo de morte a segurança jurídica, cuja lesão ataca o Estado Democrático de Direito, por conseguinte a própria Constituição Federal.

Inclusive, o sempre necessário CELSO ANTONIO BANDEIRA DE MELLO, com a propriedade que lhe é peculiar, chama a atenção no sentido de que a lesão ao Princípio da Segurança Jurídica não encontra amparo em apenas um dispositivo constitucional, mas em toda a Carta Política, pois, *“este princípio não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”*¹⁸.

¹⁸ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 13ª ed. – São Paulo: Malheiros,

Portanto, data vênia, imiscuir-se acerca da autoria e existência do fato já envolvido pelo círculo de aço que encerra a sentença criminal transitada em julgado, negando a vinculação da decisão cível à criminal, revela-se verdadeira lesão à coisa julgada, protegida pela segurança jurídica que verte do Estado Democrático de Direito, fulminando a integralidade da Constituição Federal.

Conclusão. Com efeito, a repercussão da sentença criminal na esfera cível é ampla, pois, emanada tanto da sentença absolutória como da condenatória e da terminativa. Em que pese não haver no Código de Processo Penal Militar o mesmo amparo à ação cível que o Código de Processo Penal comum reserva nos artigos 63 a 68, esta lacuna está perfeitamente contornada pelo Código Civil pátrio, sobremaneira, com escoro nos artigos 935, 927, 186, 187 e 188.

Desta forma, ou seja, com o amparo da legislação cível, a sentença criminal absolutória proferida na Justiça Militar tem plena repercussão na esfera cível, tanto na reparação do dano decorrente da responsabilidade civil, como na possibilidade de reintegrar o servidor militar à Corporação que o excluiu.

Areintegração do servidor militar excluído da Corporação emana da ilegalidade de seu desligamento, reconhecida em ação judicial que lhe tenha absolvido dos mesmos fatos que causaram sua exclusão da Corporação, ou seja, desde que não exista resíduo administrativo e que a sentença se fundamente na inexistência do fato, na negativa de autoria ou em alguma das excludentes de ilicitude.

Quanto a negativa de autoria, a omissão da Lei 11.960/08 em alterar o artigo 439 do Código de Processo Penal Militar, acrescentando entre as circunstâncias em que a absolvição será fixada a de “estar provado que o réu não concorreu para a infração penal”, não tem o condão de prejudicar o servidor que, embora absolvido nos termos da alínea “c” do artigo 439 do Código de Processo Penal Militar, teve por fundamentação a negativa de autoria com base na prova de que não participou da empreitada delitiva descrita na denúncia ministerial.

Imiscuir-se nas questões que envolvem a existência do fato ou autoria, já decididas no processo criminal, é negar a vinculação da decisão cível à criminal que emana do artigo 935 do Código Civil, assim como grave lesão aos princípios constitucionais da coisa julgada e segurança jurídica.

Referências bibliográficas

- CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Candido Rangel. Teoria Geral do Processo. 14ª ed. – São Paulo : Malheiros Editores, 1998;
- DINIZ, Maria Helena. Código civil anotado. 9ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2003;
- DINIZ, Maria Helena. Curso de Direito Civil Brasileiro: 1. Teoria Geral do Direito Civil. V.1. 28ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011;

- FIÚZA, César. Direito Civil Curso Completo. 15ª edição revista e ampliada. Belo Horizonte. Del Rey Editora. 2011;
- MEIRELLES, Hely Lopes. Direito administrativo brasileiro. 16ª ed. - - São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988;
- MELLO, Celso Antonio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 13ª ed. – São Paulo: Malheiros Editores, 2000;
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. Código de processo penal interpretado. 8ª ed. - São Paulo: Atlas, 2001;
- WALD, Arnold. Direito Civil Introdução e Parte Geral. 12ª Edição. São Paulo. Saraiva. 2010;
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim; MEDINA, José Miguel Garcia. O dogma da coisa julgada: *hipóteses de relativização*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

Repercussão da sentença condenatória criminal na prescrição da pretensão punitiva administrativa

Lauro Ribeiro Escobar Jr.*

As lides jurídicas trazem, com notável frequência, uma série de problemas inesperados, cuja solução por parte do Magistrado exige atenta interpretação da lei, contribuindo para o desenvolvimento da ciência jurídica. Daí a importância dos operadores do Direito, em especial os Advogados, trazendo a juízo questões extremamente interessantes sem que haja previsão legal expressa e solicitando do Poder Judiciário a elucidação da questão.

Com efeito, a lei, por mais que se esforce o legislador, não pode abarcar os múltiplos episódios que diuturnamente se desenrolam e que ficam a exigir a interferência do intérprete, seja qual for o ramo do Direito para o qual se inclinam os que se dedicam aos arcanos de *Têmis*.

Sem qualquer exceção, tais asperezas também atingem o Direito Militar em geral. Não só quanto aos aspectos penais (lei material e lei adjetiva), como também aos de natureza administrativa. Mormente porque a legislação pertinente a ele não vem sofrendo as atualizações que o Direito Penal comum e o Direito Processual Penal comum passaram a receber, face às exigências dos tempos atuais. Portanto, o Direito Militar, com uma ênfase muito maior, se defronta com a necessidade de se recorrer à lógica quando não o ajuda o texto. E um desses deslindes é exatamente o que relataremos a seguir.

Como é sabido, transgressão disciplinar militar é a infração administrativa caracterizada pela violação dos deveres policiais-militares. E, segundo o Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado de São Paulo (Lei Complementar nº 893/01), ao sujeito ativo desta transgressão é possível a aplicação das seguintes sanções (art. 14): advertência, repreensão, permanência disciplinar, detenção, reforma administrativa disciplinar, demissão, expulsão ou proibição do uso de uniforme.

No âmbito administrativo estas transgressões podem ser apuradas de duas formas: por meio de um *procedimento disciplinar* (que pode aplicar penalidades não exclusórias) ou por meio de um *processo regular* (que pode aplicar todas as punições acima arroladas, inclusive e especialmente as de natureza exclusória). O processo regular, por sua vez é subdividido em três espécies. O *Processo Administrativo Disciplinar* (PAD) para praças com menos de 10 (dez) anos de serviço policial-militar. O *Conselho de Disciplina* para praças com 10 (dez) anos ou mais de serviço policial-militar. E o *Conselho de Justificação* para oficiais.

Ocorre que algumas vezes aquela transgressão disciplinar pode estar definida também como ilícito penal. Nesta hipótese, deve-se reconhecer a ocorrência de transgressão disciplinar, independentemente do ato definido como crime, que será

* Juiz de Direito da 2ª Auditoria da Justiça Militar do Estado de São Paulo.

amplamente discutido no âmbito judicial. Assim, quando ocorre um fato definido como crime, nem por isso fica a Administração impedida de apreciar os aspectos disciplinares e residuais, que, acompanhando aquele inquinado de delituoso, possam, por si sós, constituir ilícitos infracionais. Isto é assim pois em nosso sistema jurídica vigora a **independência entre as esferas administrativa e judicial**, baseado na Tripartição dos Poderes (arts. 2º e 60, §4º, inciso III, da Constituição Federal, bem como o art. 50, *caput* da Constituição do Estado de São Paulo). Vale dizer: o processo crime e o processo administrativo disciplinar possuem fundamentos diversos e visam objetivos distintos, permitindo a tramitação de forma paralela e, inclusive, em determinadas hipóteses, decisões diferenciadas no âmbito administrativo e criminal.

Portanto, a prática de uma conduta ilícita por um integrante da Polícia Militar do Estado de São Paulo se faz acompanhar, além do processo criminal, também o processo administrativo, uma vez que os atos definidos como crime, sejam estes da competência da Justiça Militar para processar e julgar, sejam eles da competência da Justiça Comum, possuem reflexos disciplinares que exigem a instauração da respectiva medida, sujeitando-se o infrator às penalidades administrativas acima arroladas.

Da mesma maneira observada, em se tratando de processo penal que irá apurar o crime, também é aplicável no âmbito das infrações disciplinares o instituto da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal, porquanto na área administração militar é defeso que esta permaneça inerte, sujeitando o policial militar a uma interminável espada de Dâmocles, donde ter sido estabelecido pelo legislador o prazo máximo de 05 (cinco) anos entre o termo inicial e o termo final, excetuadas as hipóteses em que se identificam o crime e a infração disciplinar, isto é, quando tenham ambos a mesma definição legal, adotado, neste caso, o lapso prescricional indicado para o ilícito penal, será acompanhado pelo infracional.

A propósito, convém transcrever o dispositivo do RDPMESP aplicável à espécie:

Artigo 85 - A ação disciplinar da Administração prescreverá em 05 (cinco) anos, contados da data do cometimento da transgressão disciplinar.

§ 1º - A punibilidade da transgressão disciplinar também prevista como crime prescreve nos prazos estabelecidos para o tipo previsto na legislação penal, salvo se esta prescrição ocorrer em prazo inferior a 05 (cinco) anos.

§ 2º - A interposição de recurso disciplinar interrompe a prescrição da punibilidade até a solução final do recurso.

Temos, portanto, como determinação expressa do Regulamento Disciplinar uma regra geral para a prescrição das infrações disciplinares, que, como já observado, vem a ser o prazo de 05 (cinco) anos, contados a partir da data da prática da irregularidade, o seu termo inicial e, além desta, uma regra especial que encontramos quando a infração é também prevista como crime, situação em que serão adotados os mesmos prazos dos que para este são previstos, incluindo-se todos os incidentes cabíveis (hipóteses de suspensão e interrupção da prescrição).

A regra especial, entretanto, admite exceção, que vem a ser a observância do prazo de 05 (cinco) anos a que se refere a regra geral, quando o lapso prescricional do crime imputado for inferior a este prazo.

Dir-se-ia, ante o exposto, que a instrumentação legal disponível seria apta para solucionar todos os problemas vinculados à prescrição das infrações disciplinares, mas, como veremos adiante, não foi superado o leque de situações imprevisíveis. Citamos a seguir um caso concreto.

Recentemente, um miliciano, em perseguição a um delinquente, acusado de roubo, efetuou diversos disparos do interior da viatura que ocupava como encarregado, acabando por alvejar um transeunte que tentava se abrigar em meio o tiroteio, causando-lhe lesões corporais que foram a causa de sua morte. Por óbvio, foi submetido a processo criminal, como incurso nas penas do art. 121 do Código Penal, isto é homicídio simples, situação que o levou a julgamento pelo Tribunal do Júri, uma vez que o art. 125, §4º, da Constituição Federal ressalva a competência deste órgão quando o Policial Militar, ainda que em serviço e atuando em razão da função, comete o ilícito contra vítima civil. Como a pena prevista para este delito é de 06 (seis) a 20 (vinte) anos de reclusão, estabelece a lei que o lapso prescricional vem a ser de 20 (vinte) anos, tendo-se em vista o máximo da pena em abstrato aplicável à espécie. Segundo o art. 109 do Código Penal, a prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no §1º do art. 110 deste mesmo Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: I – em vinte anos, se o máximo da pena é superior a doze. Portanto, neste caso a prescrição da pretensão punitiva administrativa seria bem maior do que a prevista na regra geral do Regulamento Disciplinar (cinco anos).

Paralelamente ao processo criminal iniciou-se, algum tempo depois, o Processo Regular na modalidade Conselho de Disciplina, pois o autor do disparo que atingiu fatalmente a vítima era praça (exclui-se o Conselho de Justificação) e prestava serviços à Corporação por mais de 10 (dez) anos (exclui-se o Processo Administrativo Disciplinar).

Ocorre que no caso relatado entendeu o Tribunal do Júri que o crime imputado não correspondia exatamente aos fatos relatados nos autos, tendo acolhido a tese defensiva exposta em plenário, tendo decidido pela desclassificação para o art. 121, §3º do Código Penal. De forma unânime os jurados entenderam que a conduta do policial militar não foi dolosa, mas, diferentemente, culposa, posto que ele, deixando de empregar a cautela e diligência ordinária a que estava obrigado em face das circunstâncias, não previu o resultado que poderia prever, produzindo resultado antijurídico (evento morte) não desejado. Esta desclassificação deu lugar à aplicação da pena, no caso concreto, de 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, a qual, por sua vez, foi substituída pela prestação de serviços à comunidade pelo prazo, também de 01 (um) ano. Como tal decisão atendeu aos anseios da própria defesa, posto que ela havia requerido tal desclassificação em plenário e também ao órgão do Ministério Público que entendeu não ser hipótese de apelar da decisão, a mesma transitou em julgado.

Contudo, no momento do trânsito em julgado da decisão condenatória proferida pelo Tribunal do Júri, o processo regular encontrava-se em pleno andamento.

Vemos, nesse caso, a aplicação das três situações previstas no Regulamento Disciplinar. Inicialmente, tendo-se em vista que os fatos no processo administrativo e no processo penal eram idênticos, o prazo prescricional aplicável seria o do art. 85, §1º, do RDPM, ou seja, aplicação no processo administrativo dos mesmos prazos prescicionais penais (no caso, vinte anos – art. 109, I, CP). Assim que houve a desclassificação do crime doloso para o crime culposo pelo Tribunal do Júri, a pena foi aplicada em um ano de detenção, sendo que a prescrição, neste caso, seria de quatro anos (art. 109, V, CP). Ocorre que como neste caso a prescrição penal ficou abaixo da administrativa, a prescrição volta a ser regulada pelo *caput* do art. 85 do Regulamento Disciplinar, ou seja, o prazo prescricional voltaria a ser de 05 anos.

Constando o novo cômputo do prazo prescricional, o patrono do acusado na esfera disciplinar e autor da ação cível percebeu que entre a data do fato e a data em que houve o trânsito em julgado do processo penal já havia transcorrido mais de cinco anos. Assim, requereu o mesmo o trancamento do processo regular pela ocorrência da extinção da punibilidade uma vez que fora alcançada pela prescrição da pretensão punitiva na órbita administrativa.

Instada a se manifestar, a Administração argumentou insistindo na aplicação da regra especial do Regulamento Disciplinar, que determinava seguir o lapso prescricional da irregularidade imputada o mesmo destino ao crime inicialmente imputado, tendo-se em vista a pena a este aplicável em abstrato. A questão submetida em Primeira Instância teve deslinde totalmente favorável ao autor da demanda, acusado no processo regular, nos seguintes termos:

*“O punctum saliens da presente ação mandamental se circunscreve à discussão acerca da ocorrência da **prescrição quinquenal** disposta no art. 85 do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar (Lei Complementar nº 893/01). Como se percebe, o dispositivo citado após estabelecer uma **regra geral** para a prescrição (cinco anos contados da data do cometimento da transgressão disciplinar – art. 85, *caput*), prevê uma **regra especial** quando a infração disciplinar também for prevista como crime (art. 85, §1º). Nesta hipótese o prazo prescricional no âmbito administrativo será regulado pelos **mesmos** prazos previstos na legislação penal (art. 109 do Código Penal), com todos os incidentes previstos, salvo se a prescrição ocorrer em prazo inferior a cinco anos.”*

Ora, **enquanto o Processo Criminal estiver tramitando**, o lapso prescricional do Processo Regular deve também obedecer ao previsto na legislação penal. Assim, nesta hipótese, a prescrição deve ser regulada levando-se em consideração o *quantum* máximo da pena cominada ao crime (prescrição da pena em abstrato).

No entanto, havendo uma decisão condenatória com trânsito em julgado (na hipótese em análise houve o trânsito em julgado para o Ministério Público), o prazo prescricional administrativo também acompanhará aquele destinado à pena aplicada, ou seja, o prazo prescricional aplicável à espécie é o relativo à pena concretizada na r. sentença penal. Portanto, se já existe uma pena concretizada no

âmbito criminal, não há razão para continuar aplicando a contagem em abstrato no plano administrativo.

Assim, enquanto não solucionado em definitivo o processo criminal (trânsito em julgado), o prazo prescricional do Processo Regular será o estipulado pela legislação penal. Por outro lado, havendo processo criminal com decisão condenatória com trânsito em julgado para a acusação, a prescrição administrativa deve ser regulada pela pena concretizada na sentença. Como no caso em análise a pena privativa de liberdade aplicada foi de 01 (um) ano de detenção, a prescrição se daria em 04 (quatro) anos. Neste caso, sendo inferior ao previsto no *caput* do art. 85 do RDPM retorna-se à aplicação do prazo indicado pela legislação administrativa, ou seja, 05 (cinco) anos contados da data do cometimento da transgressão (art. 85, *caput* e seu §1o, parte final, do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar – Lei Complementar nº 893/01).

Submetida a matéria ao crisol da Segunda Instância, a decisão foi no sentido de se confirmar, por unanimidade de votos, aquele entendimento esposado pelo juízo monocrático.

A propósito, recentemente o E. *Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo*, apreciando caso muito parecido com o relatado, proferiu a seguinte decisão:

“Policia! Militar. Instauraç!o de Conselho de Disciplinar com vista a apuraç!o de eventual transgress!o disciplinar havida, tamb!m, como homic!dio culposo. Entre a data dos fatos e da instauraç!o do processo administrativo decorreram mais de dez anos, sem qualquer causa de interrupç!o ou suspens!o. PRESCRIÇ!O DO DIREITO DE PUNIR da Administraç!o P!blica – artigo 85, §1º da Lei Complementar 893/01, c.c. artigo 110 do C!digo Penal – Sentenç! mantida. Apelo improvido” (Apelaç!o C!vel nº 2030/10. Mandado de Seguranç! nº 2889/09. 2ª Auditoria – Divis!o C!vel. Apelante: A Fazenda P!blica de S!o Paulo. Primeira C!mara do E. Tribunal de Justiç! Militar do Estado de S!o Paulo. Relator: Juiz Evanir Ferreira Castilho. Decis!o Un!nime. 31 de janeiro de 2012).

Concluindo

Praticada uma conduta transgressional disciplinar que tamb!m ! prevista no C!digo Penal, nada impede a flu!ncia dos dois processos: penal e administrativo, sendo que a prescriç!o deste acompanha a daquele. No entanto, ap!s o tr!nsito em julgado do processo penal, e continuando o processo regular seu fluxo normal, o prazo prescricional que deve vigorar ! o da pena concretizada na sentenç! penal, n!o mais devendo ser feito o c!culo sobre a pena m!xima em abstrato cominada ao crime correlato. Como se v!e, o texto legal, por si s!o, foi insuficiente para a definitiva elucidaç!o da quest!o. No entanto, sem qualquer arripio a lei, mais um aspecto do instituto da prescriç!o nos processos administrativos p!de ser esclarecido, tendo-se em vista a diligente atuaç!o da defesa e a intervenç!o do Poder Judici!rio.

O ato punitivo disciplinar à luz da teoria do ato administrativo

Marcos Fernando Theodoro Pinheiro*

1. Introdução

O presente trabalho destina-se a abordar o ato punitivo militar, entendendo-se este como resultado do processo administrativo, conduzido pela administração castrense a fim de apurar infração disciplinar e que tenha como consequência a sanção. Tudo à luz da teoria do ato administrativo acolhida pelo ordenamento jurídico pátrio.

A relevância do estudo deste tema reside no fato de que as eventuais ilegalidades, invalidades, nulidades e outras violações ao direito, bem como os questionamentos judiciais e administrativos surgidos quando da decisão de punir, via de regra, incidirão sobre os aspectos aqui estudados. Neste ponto, advirta-se que este trabalho não esgota o tema, apenas trata dos aspectos mais importantes e recorrentes abordados pela doutrina do Direito Administrativo e que fundamentam as decisões, quer no âmbito da Administração, quer no âmbito da Jurisdição.

2. Natureza jurídica da sanção disciplinar

Cabe esclarecer inicialmente, que a natureza jurídica da “punição disciplinar militar” é de “ato administrativo”, eis que tal decisão encerra todos os elementos integrantes do seu conceito. Vejamos a lição do mestre HELY LOPES MEIRELLES, em sua obra *Direito Administrativo Brasileiro*, editora Malheiros, 31ª edição, página 149:

Ato administrativo é toda manifestação unilateral de vontade da Administração Pública que, agindo nessa qualidade, tenha por fim imediato adquirir, resguardar, transferir, modificar, extinguir e declarar direitos, ou impor obrigações aos administrados ou a si própria (g.n.).

Dissecando o conceito proposto pelo festejado doutrinador, verifica-se que:

- a punição disciplinar é **manifestação unilateral** de vontade: num polo da relação jurídica está a Administração Militar, de outro se encontra o administrado, vale dizer: o militar autor da falta disciplinar; por óbvio, o ato de punir depende de iniciativa da própria Administração, ainda que esta tenha sido provocada, quando do recebimento da notícia da infração; prosseguindo neste aspecto, mesmo que o autor da infração reconheça (confesse) a prática transgressional, assumida o seu erro, cabe à Administração, de – de forma unilateral – aplicar a sanção;

* Juiz de Direito Substituto da Justiça Militar do Estado de São Paulo.

- para que haja reprimenda disciplinar, a **Administração Militar** deve **agir nessa qualidade**, enquanto pessoa jurídica de direito público e valendo-se das prerrogativas do chamado “regime jurídico administrativo”, tais como a imperatividade, a auto-executoriedade, a prevalência do interesse público sobre o privado e outras;
- a **obrigação imposta** é a sanção disciplinar decorrente da violação dos preceitos éticos e deontológicos estabelecidos como dever para o administrado, consoante as normas legais e regulamentares estabelecidas para a categoria dos militares;
- por fim, os **administrados**, figuram no polo passivo da relação; no caso da sanção disciplinar, são os militares: membros das instituições militares que, porventura, tenham infringido a norma disciplinar.

O renomado mestre aponta, ainda, que “*o conceito de ato administrativo, é fundamentalmente o mesmo do ato jurídico, do qual se diferencia como uma categoria informada pela finalidade pública*”¹.

Sabe-se que no direito privado afloram como elementos – ou requisitos – do ato jurídico o “*agente capaz*”, o “*objeto lícito*” e a “*forma prescrita ou não defesa em lei*” (art. 185 c.c. o art. 104 do Código Civil)². Traçando um paralelo com o direito público, verifica-se que esses três elementos também integram o ato administrativo sancionatório:

- o “*agente capaz*”, figura como a “*autoridade competente*” para praticar o ato administrativo (no caso em tela, a punição disciplinar) que, por óbvio, há de ser pessoa capaz para a prática dos atos da vida civil;
- o “*objeto lícito*” aqui é tratado como o conteúdo (no caso em estudo, a sanção disciplinar), também apontado pela doutrina sob o *nomen iuris* de “objeto”;
- por fim, a “*forma*”, também apontada pela doutrina sob essa mesma nomenclatura;

Acrescente-se a esses três elementos a “*finalidade pública*”, como apontou o mestre Hely Lopes Meirelles³ e, ainda, o “*motivo*”. Tratemos desses elementos – ou requisitos – no tópico que se segue.

3. Elementos (requisitos) do ato administrativo sancionatório

Para facilitar o estudo e a pesquisa, é pertinente esclarecer que quanto à nomenclatura desse tema, a matéria não é pacífica. Os principais autores divergem a respeito: *Celso Antônio Bandeira de Mello*⁴ ora trata o assunto de “requisitos”, ora de “elementos do ato administrativo”; apontando que há quem distinga um de outro;

¹ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, editora Malheiros, 31ª edição, p. 149.

² Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil, Parte Geral, Volume I*, editora Atlas, 3ª edição, editora Atlas, p. 400.

³ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, editora Malheiros, 31ª edição, p. 149.

⁴ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, editora Malheiros, 23ª edição, p. 374.

*Hely Lopes Meirelles*⁵ também utiliza a expressão “requisitos”; já a professora *Maria Sylvia Zanella Di Pietro*⁶ se vale do termo “elementos do ato administrativo”.

Outro ponto em que a doutrina não é pacífica, como apontam os autores mencionados no parágrafo supra, é sobre a identificação e o número de elementos, a divergência ocorre ora sobre a terminologia e ora sobre a aglutinação em único elemento, aspectos que outros autores preferem desdobrar. Para fins didáticos, adotaremos a nomenclatura tradicional: *sujeito, forma, objeto, motivo e finalidade*, fazendo as ressalvas quando for necessário.

A importância do estudo desses elementos – ou requisitos – se justifica no fato de que os possíveis vícios do ato punitivo poderão ser mais facilmente identificados sob o exame de suas partes integrantes. Vejamos a lição do mestre CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁷, quando leciona sob este aspecto:

Usa-se a expressão "elementos do ato administrativo" para indicar os requisitos do ato. Costuma-se dizer que o ato administrativo pode ser decomposto em elementos, como abstração, visando-lhe a facilitar o estudo. Este procedimento de decomposição corresponderia à anatomia do ato, tendo em vista exame de sua eventual patologia, isto é, dos vícios que, porventura, possa apresentar.

Feitas estas breves digressões, necessárias para uma melhor compreensão do tema, passemos à análise dos elementos do ato administrativo sancionatório.

3.1 Sujeito

Elemento este também denominado pela doutrina de “competência⁸” ou autoridade “competente”. Autoridade competente é aquela a quem a lei confere a atribuição de aplicar a sanção disciplinar. Por óbvio, a autoridade é exercida por uma pessoa natural e, como já afirmado acima, há que estar no pleno exercício de sua capacidade civil, na forma dos artigos 1º e 5º do Código Civil.

Além disso, a autoridade competente deve ser ocupante de um cargo ao qual a lei atribua a tarefa de punir. Ressalte-se que não basta que ocupe determinado posto na escala hierárquica, faz-se mister que esteja no exercício de um cargo ao qual corresponda a atribuição – competência – de apurar e aplicar sanções disciplinares.

Neste ponto, esclareça-se que “cargo” é o espaço ocupado pelo servidor em determinado órgão da Administração, na lição de CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO⁹ é a mais simples e indivisível unidade de competência a ser expressada por um agente. Vale dizer que a competência para apurar infração disciplinar e, se for

⁵ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, editora Malheiros, 31ª edição, p. 150.

⁶ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, editora Atlas, 15ª edição, p. 195.

⁷ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, editora Malheiros, 23ª edição, p. 375.

⁸ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, editora Atlas, 15ª edição, p. 195.

⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, editora Malheiros, 23ª edição, p. 245.

o caso, aplicar a correspondente punição é do órgão administrativo. Vejamos o que leciona a professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO¹⁰:

Partindo-se da ideia que só o ente com personalidade jurídica é titular dos direitos e obrigações, pode-se dizer que, no direito brasileiro, quem tem capacidade para a prática de atos administrativos são as pessoas públicas políticas (União, Estados, Municípios e Distrito Federal). Ocorre que as funções que competem a esses entes são distribuídas entre órgãos administrativos (como Ministérios, Secretarias e suas subdivisões) e, dentro destes, entre seus agentes, pessoas físicas.

Trazendo o conceito para o direito administrativo disciplinar, conclui-se que são autoridades competentes para punir, os ocupantes dos cargos previstos nos regulamentos militares, aos quais esta norma atribua essa qualidade. Seguindo a cadeia de comando da estrutura militar, são os comandantes de força (Marinha Exército e Aeronáutica), comandantes gerais (policias militares e corpos de bombeiros militares), grandes comandos (comandos de área, divisões de exército e regiões militares), comandantes de grandes unidades (brigadas e artilharias divisionárias), comandantes de unidades (batalhões, regimentos, grupos, navios e grupamentos) e comandantes de subunidades (companhias, esquadrões e baterias).

Esmiuçando ainda mais, não basta que o ocupante do cargo seja um “capitão”, por exemplo. Para que tenha competência para apurar e aplicar punição, faz-se necessário que para o cargo ocupado o regulamento correspondente preveja, expressamente, tal atribuição. A título de exemplo, vejamos quais são as autoridades competentes para aplicar sanção disciplinar, no âmbito da Polícia Militar do Estado de São Paulo (PMESP), de acordo com a Lei Complementar Estadual nº 893 de 09/03/2001 (RDPM):

SEÇÃO I

Da Competência

Artigo 31 - *A competência disciplinar é inerente ao cargo, função ou posto, sendo autoridades competentes para aplicar sanção disciplinar:*

I - o Governador do Estado: a todos os militares do Estado sujeitos a este Regulamento;

II - o Secretário da Segurança Pública e o Comandante Geral: a todos os militares do Estado sujeitos a este Regulamento, exceto ao Chefe da Casa Militar;

III - o Subcomandante da Polícia Militar: a todos os integrantes de seu comando e das unidades subordinadas e às praças inativas;

IV - os oficiais da ativa da Polícia Militar do posto de coronel a capitão: aos militares do Estado que estiverem sob seu comando ou integrantes das OPM subordinadas.

¹⁰ Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, editora Atlas, 15ª edição, p. 196.

§ 1º - Ao Secretário da Segurança Pública e ao Comandante Geral da Polícia Militar compete conhecer das sanções disciplinares aplicadas aos inativos, em grau de recurso, respectivamente, se oficial ou praça.

§ 2º - Aos oficiais, quando no exercício interino das funções de posto igual ou superior ao de capitão, ficará atribuída a competência prevista no inciso IV deste artigo.

Em síntese, no âmbito da Milícia Bandeirante, a PMESP, são competentes para punir o Governador do Estado, o Secretário de Segurança Pública, o Comandante Geral, o Subcomandante da Corporação, os Diretores e os Comandantes de Policiamento de Área, de Batalhões e de Subunidades.

Outro aspecto relevante é que mesmo possuindo competência para punir, normalmente os regulamentos disciplinares militares estabelecem limites, de acordo com o grau hierárquico do ocupante do cargo, Vejamos, também a título de exemplo, quais são esses limites no âmbito da PMESP, de acordo o RDPM¹¹:

SEÇÃO II

Dos Limites de Competência das Autoridades

Artigo 32 - O Governador do Estado é competente para aplicar todas as sanções disciplinares previstas neste Regulamento, cabendo às demais autoridades as seguintes competências:

I - ao Secretário da Segurança Pública e ao Comandante Geral: todas as sanções disciplinares exceto a demissão de oficiais;

II - ao Subcomandante da Polícia Militar: as sanções disciplinares de advertência, repreensão, permanência disciplinar, detenção e proibição do uso de uniformes de até os limites máximos previstos;

III - aos oficiais do posto de coronel: as sanções disciplinares de advertência, repreensão, permanência disciplinar de até 20 (vinte) dias e detenção de até 15 (quinze) dias;

IV - aos oficiais do posto de tenente-coronel: as sanções disciplinares de advertência, repreensão e permanência disciplinar de até 20 (vinte) dias;

V - aos oficiais do posto de major: as sanções disciplinares de advertência, repreensão e permanência disciplinar de até 15 (quinze) dias;

VI - aos oficiais do posto de capitão: as sanções disciplinares de advertência, repreensão e permanência disciplinar de até 10 (dez) dias.

Ainda sob esse aspecto, advirta-se de que a máxima de que “quem pode o mais, pode o menos” e mais própria para o estudo da Física, não se aplicando ao Direito, especialmente quando se trata de “competência”. A título de exemplo, da leitura do art. 10 do Regulamento Disciplinar do Exército (RDE), Decreto nº 4.346/02, extrai-se o rol de autoridades que receberam a atribuição para aplicar punições. Vejamos:

¹¹ Lei Complementar Estadual Paulista nº 893 de 09/03/2001.

Art. 10. *A competência para aplicar as punições disciplinares é definida pelo cargo e não pelo grau hierárquico, sendo competente para aplicá-las: I - o Comandante do Exército, a todos aqueles que estiverem sujeitos a este Regulamento; e*

II - aos que estiverem subordinados às seguintes autoridades ou servirem sob seus comandos, chefia ou direção:

a) Chefe do Estado-Maior do Exército, dos órgãos de direção setorial e de assessoramento, comandantes militares de área e demais ocupantes de cargos privativos de oficial-general;

b) chefes de estado-maior, chefes de gabinete, comandantes de unidade, demais comandantes cujos cargos sejam privativos de oficiais superiores e comandantes das demais Organizações Militares - OM com autonomia administrativa;

c) subchefes de estado-maior, comandantes de unidade incorporada, chefes de divisão, seção, escalão regional, serviço e assessoria; ajudantes gerais, subcomandantes e subdiretores; e

d) comandantes das demais subunidades ou de elementos destacados com efetivo menor que subunidade.

Notem que o Presidente da República e o Ministro da Defesa não foram contemplados com essa competência. Logo, no âmbito federal, o Chefe do Executivo, que nosso sistema presidencialista também é o Chefe de Estado, Comandante Supremo das Forças Armadas (art. 84, XIII da Constituição da República), apesar de ter ascendência funcional sobre todos os integrantes das forças singulares, não possui competência para aplicar punições disciplinares.

No que toca aos vícios do ato administrativo, em relação ao *sujeito*, estes podem se apresentar sob a forma de *incapacidade* ou de *incompetência*.

Quanto à *incapacidade*, estes estão previstos nos artigos 5º e 6º do Código Civil que tratam, respectivamente da *capacidade civil* e da *existência da pessoa natural*, bem como das normas do direito privado – extensíveis ao direito público – do erro, dolo, coação, simulação, ou fraude, fenômenos jurídicos estes, que deixaremos de comentar, para não estender o trabalho em demasia e, ainda, por não ser o escopo deste estudo. Para tanto, remetemos o leitor à doutrina do direito privado.

No que tange aos vícios de *incompetência*, estes ocorrem por *usurpação de função*, *excesso de poder* ou *função de fato*. A *usurpação de função* acontece quando a autoridade não foi investida no cargo. A *função de fato* é aquela em que o agente está irregularmente investido. Por fim, o *excesso de poder* consiste no fato de a autoridade ultrapassar os limites de sua competência.

Podemos citar como exemplos de vícios quanto ao *sujeito*, explorando algumas das hipóteses expostas acima, punições disciplinares aplicadas pelas autoridades militares nas seguintes situações: oficial civilmente interdito (*incapacidade civil*), perseguição ao subordinado (*dolo*), oficial que aplica a punição sem que esteja exercendo o comando da fração de tropa correspondente (*usurpação de função*) e aplicando sanção disciplinar mais grave do que o regulamento disciplinar autoriza (*excesso de poder*).

3.2 Objeto

É a essência do ato, o seu conteúdo, o efeito jurídico imediato que produz, aquilo que dispõe. No caso em estudo, a *sanção disciplinar* propriamente dita. Nesse passo, não se deve confundir o objeto do ato – punição – com o ato infracional, eis que o objeto – tema aqui em estudo – pressupõe que o ato é lícito enquanto que a infração disciplinar consiste num ato ilícito.

O professor CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO¹² estabelece uma crítica interessante quanto a este elemento – o objeto. Leciona o renomado mestre que se o conteúdo do ato fala sobre algo, é porque constitui-se em realidade. Logo, não pode ser elemento de si mesmo. Trazendo o questionamento para o nosso estudo, não se poderia dizer que “um dos elementos – ou requisitos – da ‘sanção disciplinar’ é a própria ‘sanção disciplinar’”.

Entretanto, para fins didáticos e de estudo, fiquemos com a maioria: o objeto é um dos elementos do ato punitivo. Até mesmo porque, em caso de análise – judicial ou administrativa –, a primeira indagação que se faz é justamente acerca do objeto, a fim de que se investigue a validade dos seus elementos, partindo justamente do objeto.

Nesse diapasão, os vícios relativos ao *objeto* do ato administrativo ocorrem quando estes violem a lei, sejam por ela proibidos, sejam diversos do previsto, sejam impossíveis, imorais ou incertos em relação aos destinatários.

A título de exemplo e abordando algumas das hipóteses elencadas acima, podemos mencionar como viciados a imposição de pena disciplinar não prevista no regulamento; determinar o cumprimento com violação à dignidade humana, como trabalhos forçados, tortura e outros; punições coletivas, sem individualizar os destinatários e suas condutas, como punir os militares de determinada subunidade, de forma genérica.

3.3 Forma

É a exteriorização do ato. É condição de existência e de validade. Em uma concepção restritiva seria apenas o modo pelo qual se exterioriza. Em uma concepção ampla, consiste, também, na observância de um encadeamento de outros atos até que leve à formação da vontade da Administração e resulte na prática do ato principal, vale dizer, situa-se também neste conceito, o *procedimento*.

A forma prevista para a aplicação de sanções disciplinares é o processo administrativo, entendido este em seu sentido amplo. Havendo processo, os mandamentos constitucionais do contraditório, ampla devesa, devido processo legal, publicidade, fundamentação das decisões e outros devem ser observados. Acrescente-se a isso, os princípios que regem o processo, como a verdade real, eventualidade, dentre outros.

A forma estabelecida para a punição disciplinar é a estabelecida nos regulamentos disciplinares de cada Força ou Corporação, complementada pela

¹² Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, editora Malheiros, 23ª edição, p. 379.

legislação pertinente¹³. No caso da PMESP, os procedimentos destinados a apurar infrações disciplinares e, em caso de procedência da acusação, aplicar a reprimenda, podem ser divididos em duas espécies: o “processo regular” e o “procedimento disciplinar”.

O “*processo regular*” destina-se a apurar infrações que possam resultar nas sanções de “reforma administrativa disciplinar” (art. 22 do RDPM), “demissão” (art. 23 do RDPM) e “expulsão” (art. 24 do RDPM), esta última aplicável somente às praças. Por sua vez, dependendo do grau hierárquico ou da condição de estabilidade da praça, o “processo regular” a ser instaurado poderá ser o “Conselho de Justificação”, o “Conselho de Disciplina” ou o “Processo Administrativo Disciplinar”.

O “*Conselho de Justificação*” tem por finalidade apurar a incapacidade do oficial de permanecer no serviço ativo. É regulado pela Lei Federal nº 5.836 de 05/12/72, pela Lei Estadual nº 186 de 14/12/73, e pela legislação interna da PMESP, em especial o RDPM e as Instruções do Processo Administrativo da Polícia Militar (I-16-PM). No que toca aos oficiais, por força do mandamento inserto no art. 125, § 4º, *in fine* da Constituição, tal processo regular – o Conselho de Justificação – deverá ser objeto de apreciação judicial pelo Tribunal de Justiça Militar caso resulte em perda do posto e da patente.

Merece destaque a conclusão de que não há sanção disciplinar de natureza administrativa que resulte na demissão do oficial. Como a decisão é tomada por órgão integrante do Poder Judiciário e no exercício da jurisdição, por força de norma constitucional, o melhor entendimento é que se trata de “decisão judicial” e não de “ato administrativo”. Não é só isso, reitere-se, não é só por conta da natureza do órgão que emite a decisão – integrante do poder judiciário – que a decisão tem natureza jurisdicional. Vejamos.

O processo em análise – o “*Conselho de Justificação*” – além de tramitar perante órgão do poder judiciário, como determina o art. 125, § 4º da Constituição, conta com a atuação do Ministério Público, como se extrai do art. 117 do Regimento Interno do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, que possui a seguinte redação:

Art. 117. *A perda do posto e da patente dos oficiais e a perda da graduação das praças serão decididas pelo Pleno:*

I - no julgamento de representação do Ministério Público;

II - no julgamento do processo de Conselho de Justificação.

(...)

§ 5º. *No Conselho de Justificação, após a manifestação da defesa, os autos serão encaminhados à Procuradoria de Justiça para manifestação na condição de fiscal da lei (g.n.).*

¹³ O Termo “legislação”, neste caso, deve ser entendido em sua concepção ampla, abarcando além da lei em sentido estrito, as normas infralegais internas de cada instituição militar.

Examinando as decisões judiciais que tratam da espécie, verifica-se a participação do Ministério Público em todos os feitos que tramitam sob a forma de Conselho de justificação, como determina a norma regimental. Vejamos apenas um deles. Trago à colação, trecho de acórdão do e. TJMS, da relatoria do Juiz Fernando Pereira, apenas na parte em que se manifesta o órgão ministerial:

Conselho de Justificação Nº 086/95.

A D. Procuradoria de Justiça manifestou-se às fls. 509/513 entendendo não haver inépcia na inicial e não ter ocorrido a prescrição no que diz respeito às mortes dos dois Soldados, em face do disposto no parágrafo único do artigo 18 da Lei Federal nº 5.836/72.

Quanto ao mérito manifestou-se pelo parcial acolhimento do contido no relatório do Conselho de Justificação, posto que não constam do libelo as imputações de ingestão de bebida alcoólica, fardado; falta de iniciativa referente a haver presenciado subordinado seu, em serviço, visivelmente embriagado na presença de civis; após o homicídio não se ter preocupado em verificar se havia feridos, visando o eventual socorro; e, não ter tomado as medidas policiais militares que por ofício deveria adotar; entendendo, todavia, que homicídio perpetrado em companhia de colega de farda revelava-se razão bastante suficiente para que seu proceder seja tido como irregular, afetando sua honra pessoal, o pundonor militar e o decore da classe.

Soa estranho considerar tal processo como de natureza administrativa. Do exame do procedimento, conclui-se que a Administração apenas apura os fatos e emite pareceres. Encerrada essa fase, o feito é encaminhado a órgão do Poder Judiciário e este abre vista ao Ministério Público para que se manifeste como determina a legislação.

A admitir-se que a decisão tem natureza administrativa, ter-se-ia aqui algo inédito e inusitado: processo administrativo que apura falta de servidor militar, que corre perante o Judiciário e com a participação do Ministério Público. Convenhamos, seria um absurdo.

A doutrina não destoia do entendimento aqui exposto: os Conselhos de Justificação possuem natureza jurisdicional. Na recente obra *Direito Militar, Doutrina e Aplicações*¹⁴, editora Elsevier, 2011, o renomado magistrado RONALDO JOÃO ROTH, em brilhante artigo que escreveu em coautoria com o festejado doutrinador, parlamentar e procurador de justiça FERNANDO CAPEZ, que assim nos ensinam:

¹⁴ Obra: *Direito Militar. Doutrina e Aplicações*, editora Elsevier, 2011, Capítulo 13, autores: Ronaldo João Roth e Fernando Capez, artigo: *O Processo de Indignidade e Incompatibilidade com o Oficialato e o Processo de Conselho de Justificação: Tratamento Isonômico e Recursal*, p. 150.

A razão de atuação do Ministério Público se justifica, pois, trata-se de processo que examina a possibilidade de cassação da vitaliciedade do Oficial militar; portanto, matéria de interesse público relevante, e sua presença é essencial a todo processo judicial dessa natureza.

Prosseguem os mesmos autores¹⁵, defendendo a tese de que o que se tem aqui é processo judicial:

E para corroborar o acerto do raciocínio de que a decisão que decorre do julgamento do Judiciário, para a decretação da perda do posto e da patente dos oficiais é de natureza judicial, de se trazer à colação o paradigmático aresto, unânime, do Supremo Tribunal Federal, Primeira Turma, no Recurso Extraordinário nº 186.116-9/ES, Rel. Min. Moreira Alves, j. 25/08/1998, DJ, 03/09/1999 assim orientando: Recurso Extraordinário.

Também os oficiais das Polícias Militares só perdem o posto e a patente se forem julgados indignos do oficialato e com eles incompatíveis por decisão do Tribunal competente em tempo de paz. Esse processo não tem natureza de procedimento "parajurisdicional", mas, sim, natureza de processo judicial, caracterizando assim, causa que pode dar margem à interposição de recurso extraordinário. – Inexistência, no caso, de ofensa ao art. 5º, LVII, da Constituição. – Recurso extraordinário não conhecido.

Reforçam, ainda, o entendimento de que os Conselhos de Justificação possuem natureza jurisdicional, artigos jurídicos da lavra de JADIR SILVA, juiz do e. TJMG¹⁶ e do conceituado advogado militante perante a Justiça Militar paulista, o Dr. PAULO LOPES DE ORNELLAS¹⁷, também lançados na obra *Direito Militar, Doutrina e Aplicações*, editora Elsevier, 2011.

Retomando a abordagem das espécies de “processos regulares” – aqueles em que existe a possibilidade de sanção disciplinar demissória – a par dos já abordados “Conselhos de Justificação”, há, ainda, os “Conselhos de Disciplina” e os “Processos Administrativos Regulares”. Os “Conselhos de Disciplina” têm como escopo apurar a incapacidade moral da praça com 10 (dez) ou mais anos de serviço policial militar de permanecer no serviço ativo. É regulado pela legislação interna da PMESP, em especial o RDPM e as I-16-PM. Notem que a praça, quando a reprimenda for de natureza exclusória, não possui a prerrogativa de ser julgada por órgão jurisdicional.

¹⁵ Obra: *Direito Militar. Doutrina e Aplicações*, Capítulo 13, autores: Ronaldo João Roth e Fernando Capez, artigo: *O Processo de Indignidade e Incompatibilidade com o Oficialato e o Processo de Conselho de Justificação: Tratamento Isonômico e Recursal*, p. 153.

¹⁶ Idem, Capítulo 10, autor: Paulo Lopes de Ornellas, *Da Legitimidade para a Propositura do Processo de Justificação*, p. 107-112.

¹⁷ Idem, Capítulo 8, autor: Jadir Silva, *Vitaliciedade dos Oficiais Militares e o Conselho de Justificação*, p. 77-91.

A decisão cabe ao Comandante Geral, como estabelece o art. 83 c.c. o art. 32, I, ambos do RDPM.

Neste ponto, é certo que a parte final do § 4º do art. 125 da Constituição, tanto a redação original, como a inovação trazida pela Emenda Constitucional nº 45/2004 provocaram celeuma quando entraram em vigor, havendo quem interpretasse que a sanção disciplinar de natureza exclusória devesse, também, ser julgada por tribunal.

Ocorre que atualmente, a matéria se encontra assentada, a jurisprudência é mansa e pacífica no sentido de atribuir ao Comandante Geral da Corporação a atribuição de aplicar sanção disciplinar demissória às praças, ficando reserva ao Tribunal, a perda de graduação das praças decorrentes de processo criminais. Vejamos a jurisprudência:

*POLICIAL MILITAR - Representação da Procuradoria de Justiça decorrente da condenação do miliciano à pena de três anos de reclusão pela prática do crime de peculato (art. 303 do CPM) - Rejeitada a preliminar de improcedência da ação - Inequívoca caracterização da grave conduta infracional legitimou a reprimenda imposta e maculou o decoro militar, objeto deste processo - Improcedência das alegações recursais - Proibição do reexame de mérito do processo crime - Inteligência dos arts. 125, § 4º, da Constituição Federal e 81, § 1º, da Constituição Estadual - Procedência da representação ministerial - Decretação da perda de graduação do Representado - **Suspensão da execução da decisão face à precedente exclusão determinada em regular feito administrativo** - Votação unânime. Relator Paulo Adib Casseb. Julgamento em 23/02/2011 (g.n.).*

Como última espécie de “processo regular”, temos o “Processo Administrativo Disciplinar”, que visa apurar a incapacidade moral da praça com menos de 10 (dez) anos de serviço policial militar, para permanecer no serviço ativo. Também é regulado pela legislação interna da PMESP, em especial o RDPM e as I-16-PM. Repita-se aqui o que já foi explicado sobre a competência para aplicar a sanção demissória, quando tratamos do “Conselho de Disciplina”: a competência é do Comandante Geral e, por óbvio, a natureza da decisão é de “ato administrativo”.

Por fim, no âmbito da PMESP temos o “Procedimento Disciplinar”, que é a forma mais singela de apuração e julgamento. Destina-se aos casos cuja sanção não é a exclusória. A exemplo dos demais procedimentos tratados acima, também é regulado pela legislação interna da PMESP, em especial o RDPM e o Anexo III à Portaria do Comandante Geral nº CORREGPM-004/305/01.

Os dispositivos legais e regulamentares que regem as diversas espécies expostas acima estabelecem o rito a ser seguido, destacando-se a existência de acusação formal, oportunidade de defesa escrita, recursos culminando com uma decisão fundamentada que, se considerar a existência de transgressão disciplinar, aplicará a reprimenda por meio de nota de culpa que deverá ser publicada em boletim interno da Corporação ou da Unidade a que pertencer o militar, dependendo

do caso. Esclareça-se que descer às minúcias de cada procedimento não é o escopo do presente trabalho.

A inobservância e a omissão das formalidades indispensáveis consistem em vício de forma. Ocorre que tais omissões ou formalidades devem ser indispensáveis, devem macular o ato de tal forma que lhe subtraia a essência. Meras irregularidades como deixar de rubricar ou numerar as folhas ou, ainda, a inobservância de normas procedimentais que não causem prejuízo concreto ao administrado não devem ser consideradas.

Encerrando mais este tópico, merece destaque que no âmbito dos atos administrativos, diferentemente do que ocorre com os processos judiciais, não há uma rigidez extrema, vige aqui o princípio do informalismo, como apontam os principais doutrinadores do Direito Administrativo¹⁸.

3.4 Finalidade

É a destinação do ato administrativo, o alvo, o resultado que se espera. Em sentido amplo, a finalidade do ato administrativo corresponde a um interesse público. Em sentido estrito, a finalidade é o resultado específico que cada ato deve produzir. De acordo com a lição de Hely Lopes Meirelles¹⁹ “a lei o indica implícita ou explicitamente”.

No caso em estudo, a finalidade da espécie “sanção disciplinar” é a manutenção dos princípios da hierarquia e da disciplina pelos integrantes das instituições militares. Este objetivo, no mais das vezes, se encontra implícito nos regulamentos ou estatutos disciplinares de cada Força ou Corporação. Entretanto, o Regulamento Disciplinar do Exército²⁰ (RDE) o faz expressamente. Vejamos:

Art. 23. A punição disciplinar objetiva a preservação da disciplina e deve ter em vista o benefício educativo ao punido e à coletividade a que ele pertence.

No mesmo sentido o Código Disciplinar dos Militares do Estado de Pernambuco²¹:

Art. 27. A pena disciplinar militar é a sanção administrativa imposta ao militar estadual, com o objetivo de fortalecer a disciplina, a partir da reeducação do transgressor penalizado e da coletividade a que ele pertence, visando evitar a prática de novas transgressões.

Os vícios relativos à finalidade revestem-se sob as formas de *desvio de poder* e de *desvio de finalidade*. Ocorre quando a autoridade pratica o ato visando fim diverso daquele previsto na regra de competência. Quando de eventual questionamento judicial, tal vício é de difícil comprovação, eis que a autoridade, por óbvio, não expõe a sua verdadeira intenção.

¹⁸ Maria Sylvania Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, editora Atlas, 15ª edição, p. 512 e Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, editora Malheiros, 23ª edição, p. 490.

¹⁹ Hely Lopes Meirelles, *Direito Administrativo Brasileiro*, editora Malheiros, 31ª edição, p. 152.

²⁰ Decreto nº 4.346/2002.

²¹ Lei Estadual nº 11.817, de 24 de julho de 2000.

A professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO²² aponta como indícios do desvio de poder a motivação insuficiente, motivação contraditória, irracionalidade do procedimento, acompanhada da edição do ato, a camuflagem dos fatos, a inadequação entre os motivos e os efeitos e o excesso de motivação.

3.5 Motivo

O *motivo* consiste na existência de situação de fato e de direito que autoriza ou determina a prática do ato administrativo. Sob o prisma do “fato”, são as circunstâncias, acontecimentos que fazem com que a Administração pratique o ato. Sob a ótica do “direito”, é a norma legal ou regulamentar aplicável ao caso concreto.

Aplicando o conceito ao objeto do nosso estudo, na “sanção disciplinar”, a situação de fato consiste na conduta praticada pelo militar e todas as suas circunstâncias. O direito que servirá de fundamento para aplicação da reprimenda será a norma violada, bem como as demais regras estabelecidas no regulamento e que cuidem da aplicação, dosimetria e espécie de pena aplicáveis ao caso concreto.

Não se deve confundir o *motivo* com a *motivação*. A *motivação* é a expressão escrita dos motivos, consiste na demonstração de que os fatos tidos como indisciplinados realmente ocorreram e violaram as normas éticas ou deontológicas da instituição militar. A *motivação* é a justificativa, o exame probatório, a valoração do que ocorreu, vale dizer, é a fundamentação.

Neste ponto, os motivos que serviram de fundamento à aplicação da sanção disciplinar, vinculam a Administração. Se se averiguar que não existiram, a punição é nula. É a chamada *teoria dos motivos determinantes*.

Quanto aos vícios que podem macular o ato administrativo, estes podem se manifestar sob as formas de *inexistência* ou *falsidade dos motivos*. Exemplificando: se o militar não praticou a infração mas foi punido, tem-se aqui a *inexistência do motivo*; entretanto, se praticou transgressão disciplinar diversa, o motivo é falso.

4. Atributos do ato administrativo de natureza punitiva

Por possuir a natureza de ato administrativo, a sanção disciplinar goza de prerrogativas, há o interesse público prevalente sobre os interesses privados; qual seja, prevalece o interesse da Administração Militar em manter a disciplina em detrimento dos interesses do militar infrator. Nesse compasso, o regime aplicável é o chamado “regime jurídico administrativo”. Vejamos algumas das prerrogativas.

4.1 Auto-executoriedade

No direito privado, se uma pessoa possui um título executivo em desfavor de outra e esta recusa-se a satisfazer o débito, só resta ao credor recorrer ao Judiciário para impor o adimplemento da obrigação.

²² Maria Sylvia Zanella Di Pietro, *Direito Administrativo*, editora Atlas, 15ª edição, p. 233.

No direito público, isso não ocorre. O ato administrativo pode ser praticado diretamente pela Administração. No caso em estudo, aplicada a sanção disciplinar, a Administração Militar tem o poder de executar, imediatamente, a punição. Não é necessário recorrer ao Judiciário.

4.2 Presunção de legitimidade e veracidade

Presume-se que os agentes da Administração, quando da prática de atos administrativos o fizeram com base na lei e que os fatos que o motivaram são verdadeiros. Por óbvio tem-se aqui presunção *iuris tantum*. Em decorrência da inafastabilidade da jurisdição, por força do mandamento constitucional inserto no art. 5º, XXXV, o Judiciário poderá apreciar o ato administrativo, anulando-o em caso de ilegalidade ou falso motivo. Acrescente-se que a própria Administração também poderá fazê-lo, exercendo seu poder de *autotutela*. Entretanto – frise-se – até prova em contrário, o ato administrativo presume-se praticado de acordo com a lei e baseado em motivos que de fato aconteceram.

Trazendo o conceito para o objeto deste estudo: presume-se que se há sanção a ser aplicada, ocorreu a infração disciplinar, o procedimento estabelecido foi seguido e o julgamento realizado está de acordo com a lei.

4.3 Imperatividade

Este atributo diz respeito à obrigatoriedade. A autoridade militar não necessita da concordância do subordinado para apurar e aplicar punição disciplinar. Tal atributo, além de consentâneo com o regime jurídico administrativo, é consoante com os princípios da hierarquia e da disciplina que norteiam as instituições militares, de acordo com o que estabelecem os artigos 42 e 142 da Constituição.

Conclusão

Como já foi assinalado acima, este breve trabalho não esgota o tema. Há muitos outros aspectos a serem analisados acerca do tema *ato administrativo punitivo*. A opção por abordar os tópicos aqui tratados se deve ao fato de que é sobre estes que se pode aferir os aspectos da legalidade, proporcionalidade e razoabilidade na aplicação das punições disciplinares. Os principais questionamentos no âmbito da jurisdição e da administração, via de regra, esbarram nos temas aqui ventilados.

Alcoolismo e processo disciplinar na sociedade da informação

*Paulo Adib Casseb**

A sociedade da informação, na qual impera a condução da vida humana pelos meios de comunicação de massa, apresenta reflexos até mesmo para o tema ora abordado, qual seja, o dos processos disciplinares em trâmite perante a Administração Pública que envolvem servidores que padecem de alcoolismo.

Por si só referido tema já revela dificuldade por abordar a análise de um antigo drama social, mas que modernamente ganha o complicador gerado pela tecnologia informacional. Velozmente, informações – e desinformações – sobre o alcoolismo são amplamente difundidas, especialmente a partir de notícias que não distinguem os graus de alcoolismo, provocando confusões até mesmo nas discussões administrativas e judiciais sobre a matéria.

Em muitos processos disciplinares, cujas peças acusatórias apontam como transgressões condutas associadas à ingestão de bebidas alcoólicas, a defesa apresenta como argumentação central documentos médicos que fazem referências a expressões como “doença mental” e “dependência alcoólica”, postulando a improcedência do pleito acusatório e a impossibilidade de imposição de sanção disciplinar ante ao estado de dependência e de moléstia mental.

O reconhecimento pericial de doença mental, extraída de laudo técnico, pode ser insuficiente para a avaliação da conduta do periciado, haja vista a necessidade de exame das condições de compreensão e de determinação do indivíduo à época dos fatos, ou seja, se a doença mental ocasionada pelo alcoolismo representava inimizabilidade.

Cumpra-se notar que muitos laudos periciais que consignam as mencionadas expressões certificam, também, a imputabilidade (ou até a semi-imputabilidade) do periciado, chancelando sua capacidade de entendimento e de determinação.

Saliente-se que doença mental não implica, necessariamente, inimizabilidade, sobretudo no que tange ao alcoolismo, que compreende vários graus de intensidade.

A expressão “doença mental” realmente impressiona, mas possui significado extremamente abrangente, nem sempre indicando moléstia comprometedora da inteligência, da vontade e da plena capacidade de discernimento. Na psiquiatria, entende-se por doença mental as variações contudentes do ‘normal’, de modo a afetar a capacidade de ação do indivíduo nos mais variados campos da vida, como social, familiar e pessoal.

Trata-se, verdadeiramente, de conceito amplo, assim como o é a definição de ‘normalidade’, de tal modo que certos segmentos da psiquiatria chegaram a sugerir

* Juiz Corregedor Geral do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo, Doutor e Mestre em Direito pela Faculdade de Direito da USP, Professor Titular de Direito Constitucional dos Cursos de Mestrado e Graduação da Faculdade de Direito da FMU.

até mesmo a superação do emprego da expressão 'doença mental'. Segundo os psiquiatras norte-americanos *Benjamin James Sadock* e *Virginia Alcott Sadock*, as compreensões do fenômeno 'normalidade', para a teoria e prática psiquiátrica ainda são controversas, esclarecendo que:

"a normalidade foi definida como padrões de comportamento ou traços de personalidade típicos ou que estejam em conformidade com certos padrões adequados e aceitáveis de se comportar e agir. Entretanto, o uso de termos como típico ou aceitável foi criticado porque são ambíguos, envolvem julgamentos de valor e variam de cultura para cultura (...) A Organização Mundial de Saúde (OMS) define a normalidade como um estado de completo bem-estar físico, mental e social (...) A revisão da quarta edição do Manual diagnóstico e estatístico de transtornos mentais (DSM-IV-TR) não oferece definição para normalidade ou saúde mental, embora apresente uma designação para transtorno mental. Segundo o DSM-IV-TR, este é caracterizado como um comportamento, uma síndrome psicológica ou um padrão que está associado a uma perturbação (p. ex., sintoma doloroso) ou deficiência (i.e., uma limitação em uma ou mais áreas importantes do funcionamento) (...) Em Mental health: a report of the surgeon general, a saúde mental é definida como a 'realização bem-sucedida das funções mentais, em termos de raciocínio, humor e comportamento, que resulta em atividades produtivas, relacionamentos satisfatórios e capacidade de se adaptar a mudanças e enfrentar adversidades'. Por fim, o psiquiatra Thomas Szasz sustenta uma visão polêmica, acreditando que o conceito de doença mental deve ser inteiramente abandonado. Em seu livro The myth of mental illness, afirma que a normalidade somente pode ser mensurada em termos daquilo que as pessoas fazem ou não, e que defini-la está além do domínio da psiquiatria" (cf. Compêndio de Psiquiatria – Ciência do Comportamento e Psiquiatria Clínica. 9ª ed. São Paulo: Artmed, 2007, p. 31).

Isso tudo demonstra que o estado de doença mental é mais comum do que a gravidade terminológica da expressão faz transparecer, afina, como ensinam *Benjamin James Sadock* e *Virginia Alcott Sadock*,

"a maioria dos médicos equipara normalidade à saúde e considera esta como um fenômeno universal. Como resultado, supõe-se que o comportamento esteja dentro de limites normais quando não há nenhuma psicopatologia (...) a ausência de sinais ou sintomas indica saúde. Esta, em tal contexto, se refere a um estado de comportamento razoável, em vez de ótimo. Em sua forma mais simples, essa perspectiva, descrita por John Romano, identifica a pessoa saudável como aquela que está razoavelmente livre de dores, desconfortos e deficiências injustificadas" (op.cit., pp. 31/32).

Assim, existindo a menor patologia no campo da saúde mental, pode-se apontar doença mental sem que esta constitua, necessariamente, alienação absoluta causadora, no plano jurídico, da inimputabilidade.

Resta, então, precisar a dimensão da moléstia, o grau do alcoolismo que afetava o periciando, que possa indicar a inimputabilidade, algo que é próprio do alcoolismo crônico.

Não se pode olvidar de que o diagnóstico de alcoolismo, já no estágio de doença mental, contou, para que fosse configurado como tal, com a prática de atos iniciais, voluntários e conscientes por parte do portador. Como bem frisou o psiquiatra estadunidense *Benjamin Rush*, “*beber inicia num ato de liberdade, caminha para o hábito e, finalmente, afunda na necessidade*” (apud Analice Gigliotti e Marco Antonio Bessa. “Síndrome de Dependência do Álcool: critérios diagnósticos”. *Revista Brasileira de Psiquiatria*. São Paulo: maio/2004, vol. 26, supl. 1. Print version ISSN 1516-4446).

No mesmo sentido, *Newton Fernandes* e *Valter Fernandes* registram que,

"no início de sua malsinada trajetória, os bebedores quase sempre são indivíduos mentalmente normais (...) Frequentemente, a volúpia alcoólica corresponde a uma necessidade de ordem puramente instintiva e afetiva, intimamente ligada à vida sentimental, na qual a bebida desempenha papel compensador e de substituição" (cf. Criminologia Integrada. 2ª ed. São Paulo: RT, 2002, p. 719).

Embora teorias psiquiátricas apontem causas diversas do alcoolismo, até mesmo genéticas, o fato é que, concretamente, o indivíduo transforma-se em alcoolista a partir de atos originários voluntários. Houve, então, o momento da possibilidade real de recusa, conscientemente, do trágico caminho proposto pelo álcool.

Independentemente disso, o alcoolismo como doença mental admite graus de intensidade, daí resultando as classificações doutrinárias sobre a matéria.

NEWTON FERNANDES e VALTER FERNANDES distinguem dois estágios, mais especificamente o alcoolismo sintomático e o alcoolismo crônico (*op. cit.*, p. 720). Para GUILHERME OSWALDO ARBENZ, o alcoolismo constitui, na verdade, intoxicação, a qual poderá assumir dimensão aguda ou crônica (cf. *Medicina Legal e Antropologia Forense*. Rio de Janeiro: Atheneu, 1988, pp. 529 e 531). Esta é a linha classificatória usual na doutrina, que divide o alcoolismo em agudo e crônico (v. também Hilário Veiga de Carvalho. *Compêndio de Criminologia*. São Paulo: José Bushatsky, 1973, pp. 323/328; Ana Cecília Petta Roselli Marques. “O Uso do Álcool e a Evolução do Conceito de Dependência de Álcool e outras Drogas e Tratamento”. *Revista IMESC* nº 3, São Paulo, 2001, pp. 73/86).

ODON RAMOS MARANHÃO esclarece que o alcoolismo agudo compreende subdivisão em modalidades: embriaguez simples, embriaguez patológica, dipsomania e *delirium tremens* (cf. *Curso Básico de Medicina Legal*. 4ª ed. São Paulo, RT, 1991, p. 386). O autor detalha a referida tipologia nos seguintes termos (*op. cit.*, p. 387):

A *embriaguez simples* corresponde à “intoxicação por álcool etílico, de caráter agudo, em que os fenômenos tóxicos guardam certa relação com a quantidade de bebida ingerida, sendo por isso denominada também embriaguez fisiológica e tem sido tomada como típica e usada para descrição dos fenômenos próprios do alcoolismo (excluídos os de caráter crônico)”.

A *embriaguez patológica*, diagnosticada em três níveis distintos, “caracteriza-se por desproporcionada intensidade ou duração dos fenômenos próprios da intoxicação alcoólica. Quando é leve ocorre euforia, manifestações extrovertidas, indiscrições, redução dos processos inibitórios, normais. Se for média há labilidade afetiva, irritabilidade, ou depressão, incontinência emocional e transtornos sensitivos e motores, disartrias e tremores. Se é grave ocorre logo coma e até nível mortal”.

Cumprir advertir que alguns autores identificam a embriaguez patológica com o alcoolismo crônico, o que não corresponde à postura da maioria das classificações especializadas.

Na *dipsomania* “há impulso periódico à embriaguez, ocorrendo uso desordenado, compulsivo, com franca intoxicação. Depois sobrevém variável período de acalmia em que a abstinência pode persistir por semanas ou meses”.

Já o *delirium tremens* “é uma complicação aguda que ocorre do decurso do alcoolismo crônico”.

Em nenhuma dessas modalidades constata-se o comprometimento constante e absoluto da capacidade de discernimento e de determinação, sequer na embriaguez patológica, desde que esta não seja identificada com a de caráter crônico. Em qualquer uma delas haveria que se afastar a figura jurídica da inimputabilidade, ressalvada a hipótese de alcoolismo crônico.

A análise detida do conjunto dos laudos técnicos é imperiosa a fim de se evitar confusões entre situações de embriaguez simples e de patológica, na qual, segundo HÉLIO GOMES, “os doentes são sujeitos a acessos de furor, impulsos violentos, altamente perigosos” (cf. *Medicina Legal*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1972, p. 147; v. também Genival Veloso de França. *Medicina Legal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 1995, p. 220).

O sentido atribuído pela doutrina jurídica à expressão “alcoolismo habitual” não coincide com alcoolismo crônico, aproximando-se, principalmente, da embriaguez simples, o que não provoca a inimputabilidade, cuja caracterização depende da “perda total da capacidade de entender ou da capacidade de querer” (Fernando Capez e Stela Prado. *Código Penal Comentado*. 2ª ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008, p. 72).

É o que se extrai da jurisprudência, inclusive do E. *Supremo Tribunal Federal* em julgado envolvendo militar:

Imputabilidade Penal – Exclusão – Inadmissibilidade – Delito cometido por acusado que é portador de alcoolismo habitual – Doença que não suprime ou diminui a capacidade de entender a ilicitude do fato ou a capacidade de autodeterminação no momento da prática do delito. STF - HC 81.185-0-RJ. 2ª Turma, j. 04.09.2001 – Rel. Min. Néri da Silveira. DJU 19.10.2001.

Do voto do relator merece destaque o seguinte trecho:

"Segundo Alberto da Silva Franco (...): 'é embriagado habitual quem se dedica ao uso de bebidas alcoólicas e se encontra, por efeito de tal hábito, em estado de frequente embriaguez (...) a embriaguez habitual não exclui, nem diminui, a imputabilidade'. E citando Aníbal Bruno: 'o alcoolismo crônico já é um estado mais ou menos fixo que resulta de alterações permanentes do sistema nervoso, deixadas pela ação prolongada do tóxico e que persiste mesmo quando este já eliminado. É uma marca residual, uma deformação persistente do psiquismo, assimilável a verdadeira psicose e, como psicose'..."

Enfocando servidor militar, o *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo* reúne julgados que respaldam a linha de raciocínio ora adotada. Destaque-se que somente com o advento da Emenda à Constituição nº 45/2004 a Justiça Militar Estadual adquiriu competência para processar e julgar ações que questionam atos disciplinares impostos a militares dos Estados. Antes, referida competência cabia à Justiça Comum, o que justifica as decisões a seguir citadas do Tribunal de Justiça de São Paulo. A primeira delas foi proferida em embargos infringentes, cuja fundamentação relata que o miliciano,

"apesar de dependente de álcool, possuía condições de discernimento para avaliar seus atos (...) Essa embriaguez, que se foi exasperando ao longo do tempo, tornando o embargado um dependente do álcool, não o transformou, porém, em pessoa incapaz de avaliar seus atos (...) e não se definindo, probatoriamente nos autos, incapacidade física ou mental do embargado para exercer a atividade de policial militar, em razão do alcoolismo, resta reconhecer-se o campo discricionário à disposição da autoridade administrativa". TJ/SP – Embargos Infringentes nº 10.928-5/3-01, 8ª Câmara de Direito Público, Rel. Des. Walter Theodósio, j. 19.08.1998.

Interessante notar que na mesma decisão outro fundamento importante registrado foi a situação patológica não definitiva do militar. Outro julgado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo seguiu posição ainda mais ousada, ao legitimar o ato de exclusão da Corporação de militar acometido de alcoolismo crônico. Sublinha a aludida decisão que, no procedimento administrativo

"foi discutida a alegada inimizabilidade do Autor por sofrer de embriaguez crônica, concluindo o órgão administrativo, após a elaboração de laudos médicos, que o policial militar não era inimputável naquela época, muito embora tivesse sério envolvimento com bebidas alcoólicas (...) não sofria qualquer comprometimento do seu psiquismo a impedir o discernimento dos atos que praticava ou do processo disciplinar a que se submeteu (...) não houve conclusão pela total

incapacidade do Autor, apenas afirmando o perito que o interessado era, naquela oportunidade, 'portador de alcoolismo crônico, estando seus sintomas dinâmicos do aparelho psíquico comprometidos'...". TJ/SP – Apelação Cível nº 013.197-4/6 - SP, 4ª Câmara de Direito Público, Rel. Designado Des. Clímaco de Godoy, j. 13.08.1998.

Na esfera privada, importa lembrar que o art. 482, alínea 'f', da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT prescreve que a embriaguez habitual constitui justa causa para fins de rescisão de contrato de trabalho. É bem verdade que a jurisprudência do *Tribunal Superior do Trabalho* não tem admitido a justa causa diante dessa hipótese, mas, pelo que se verifica de seus julgados, referido entendimento recai sobre os casos de alcoolismo crônico (TST – 6ª Turma – RR nº 60/1998-004-17-00, Min. Rel. Aloysio Corrêa da Veiga, j. 17.06.2009, DEJT 26.06.2009).

Em suma, na seara pública, na qual prevalece o princípio da primazia do interesse público, há que se reconhecer a validade do ato exclusório emanado da Administração Pública (inclusive da Militar), imbuído de legítima discricionariedade à luz da constatação de embriaguez não crônica do servidor.

Coisa julgada: repercussão da sentença penal absolutória no âmbito administrativo disciplinar

*Paulo Lopes de Ornellas**

*Felipe Boni de Castro**

A questão da repercussão da sentença penal absolutória na esfera administrativo-disciplinar não é pacífica como parece, a bem da verdade só se pode conceber a repercussão em tela quando a conduta criminal e a conduta transgressional estatutária se alicerçarem num mesmo fato, bem assim, se entre a denúncia criminal e a portaria de instauração do processo administrativo disciplinar houver sintonia. Estando em termos tais premissas resta verificar se a absolvição criminal abarcou todos os matizes da conduta ilícita, e se dela não restou eventual resíduo que possa configurar transgressão disciplinar justificando a manutenção da penalidade administrativa imposta, ou em fase de investigação processual. Neste sentido é a orientação contida na *Súmula n.º 18/STF*, de onde se extrai o seguinte verbete: “*PELA FALTA RESIDUAL, NÃO COMPREENDIDA NA ABSOLVIÇÃO PELO JUÍZO CRIMINAL, É ADMISSÍVEL A PUNIÇÃO ADMINISTRATIVA DO SERVIDOR PÚBLICO*”.

O egrégio *Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo*, no exercício da competência cível emanada dos §§ 4º e 5º, do artigo 125, da Carta da República, tem sido sensível à repercussão da sentença penal absolutória plena, como pode ser aferido nos seguintes julgados:

POLICIAL MILITAR – Expulsão – Reintegração em 1º grau – Apelo Fazendário – Absolvição Criminal por negativa de autoria – Repercussão na esfera administrativa – Teoria dos Motivos Determinantes – Ato Discricionário e Ato Arbitrário – Vício de Motivação – Confirmação da Sentença – Provedimento negado. Ante à absolvição penal por negativa de autoria, e inexistente falta residual a permitir punição disciplinar, aplica-se o art. 138, § 3º da Constituição Bandeirante. Existente vício de motivação, permitida e necessária a rediscussão do ato administrativo na esfera judicial. (TJMSP - APELAÇÃO CÍVEL n.º 1.514/07, m.v., 2ª Câmara, em 15/07/2010, relator Juiz Paulo Prazak).

* * *

"Direito constitucional, administrativo e processual civil. Policial Militar. Expulsão. Nulidade do ato administrativo. Reintegração. Apelação Cível. Recurso provido. A inicial acusatória no processo administrativo deve descrever as circunstâncias fáticas (ações ou omissões) e respectivos dispositivos legais (tipificação) administrativo-disciplinares, não se confundindo com os pressupostos constantes da

* Advogados militantes na Justiça Militar do Estado de São Paulo.

denúncia Ministerial ofertada pela concomitante prática de crime pelo autor. A absolvição na seara criminal, por não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal, deve repercutir no âmbito administrativo, vez que o crime cometido foi o fato ensejador do ato administrativo, levado a efeito com a expulsão do autor. E, em consequência, a nulidade do ato administrativo". (TJMSP – APELAÇÃO CÍVEL nº1006/07, m.v., 2ª Câmara, em 18/10/2007, relator designado Juiz Avivaldi Nogueira Júnior)

Tal entendimento encontra espeque jurídico nos ditames do artigo 935 do Código Civil¹, de onde poreja a tese de que somente a negativa de autoria ou a declaração judicial de inexistência do crime é que poderão repercutir na seara do processo civil, aliás, onde gravita o processo de controle externo do ato administrativo por parte do Poder Judiciário.

JOSÉ ARMANDO DA COSTA ensina que “a superveniência de sentença penal com potencialidade projetiva na instância disciplinar abre, em favor do servidor público demitido, chance reintegratória, cuja prescrição (que é de cinco anos), passa a contar a partir do dia em que a respectiva sentença haja passado em julgado”. E prossegue o douto administrativista: “ocorre assim em razão da teoria dos motivos determinantes, a qual sinaliza no sentido de que somente em face da existência de circunstância (sentença absolutória) que torne insubsistente o ato demissório é que surge a ação nova (reintegratória) para atacá-lo, passando daí em diante a correr o prazo prescricional”.²

Mais recentemente, no Estado de São Paulo, dois novos ingredientes jurídicos foram acrescentados à tese da repercussão da sentença penal absolutória na esfera administrativa, tratando-se dos artigos 136 e 138, § 3º, da Constituição do Estado de São Paulo, onde resta disciplinado que: “o **servidor público civil** demitido por ato administrativo, se absolvido pela Justiça, na ação referente ao ato que deu causa à demissão, será reintegrado ao serviço público, com todos os direitos adquiridos”, no § 3º do aludido artigo 138, encontra-se a mesma receita: “O **servidor público militar** demitido por ato administrativo, se absolvido pela Justiça, na ação referente ao ato que deu causa à demissão, será reintegrado à Corporação com todos os direitos restabelecidos”.

Infelizmente o Legislador paulista foi omissivo ao não esclarecer o alcance que pretendia dar aos dispositivos legais em tela, derivando daí duas correntes jurídicas: uma representada pela **minoria** no sentido de que o decreto do executivo não pode dar à norma constitucional estadual a amplitude que a Constituição Estadual não lhe confere, fazendo repercutir a absolvição qualquer seja a sua motivação; outra representada pela **maioria** que sustenta o entendimento de que a norma

¹ A responsabilidade civil é independente da criminal, não se podendo questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal.

² Costa, José Armando – Controle do Ato Disciplinar – Ed. Brasília Jurídica, 2002, pág. 241

constitucional paulista em nada alterou a regra da repercussão da absolvição criminal tradicionalmente defendida no texto do artigo 935, do Código Civil.

Vejam os exemplos de tais entendimentos:

Ementa: “Demissão a bem do serviço público - Pedido de reintegração no cargo anteriormente ocupado - Fato novo no curso da ação proposta com fundamento na absolvição criminal. **O artigo 136 da Constituição Paulista, posterior à súmula nº 18 do Supremo Tribunal Federal, não distingue entre os vários motivos possíveis de absolvição - Inteligência do art. 136 combinado com o art. 144 da Constituição Paulista – sentença reformada - recurso provido.**” (TJSP - Apelação nº 9256197-57.2008.8.26.0000, 3ª Câmara de Direito Público, m.v., rel. Des. Barreto Fonseca, em 26/04/2011)

* * *

“... O legislador estadual teria desobedecido ao princípio da independência e harmonia dos poderes, invadindo esfera de atribuições exclusivas da União em legislar sobre direito civil, penal e administrativo. Daí porque deve prevalecer o entendimento de que a incidência do texto legal referido, a absolvição criminal ocorrida, por insuficiência de prova, mormente quando não se sustente a demissão administrativa na condenação criminal (sic)...”. (TJSP - Embargos Infringentes nº 994.08.114545-2/50001, 7ª Câmara de Direito Público, v.u., em 30 de agosto de 2010, rel. Des. Guerrieri Rezende).

No nosso singelo entendimento a radicalização obviamente não poderá ser acolhida para prestigiar um ou do outro posicionamento, isto porque o resíduo administrativo que impede a repercussão da sentença penal absolutória no seio do direito administrativo, somente poderá ser constatado quando o crime for funcional, assim, não sendo funcional não há que se falar na aplicação do Sumulado nº 18/STF, caso em que a sentença penal absolutória terá eficácia plena, capaz de anular a sanção administrativa.

Para melhor compreensão é preciso trazer a lume um trecho do brilhante fundamento expressado pelo colendo Pretório Excelso, nos autos do *Recurso Extraordinário* nº 102.643/SP de relatoria do eminente ex-Ministro *Carlos Madeira*, aliás, num caso envolvendo policiais militares paulistas:

“...No caso em exame, ocorreu que o recorrido, motorista de uma viatura que levava policiais para local onde havia um conflito entre um Aspirante da PM e alguns motoristas de táxi. Do conflito resultou ferido o Aspirante. Mas ao se refugiar no seu automóvel, e notando a extensão dos ferimentos, o militar foi até a viatura policial tomar satisfações, ocasião em que agrediu a socos o recorrido, recebendo, então, um tiro no rosto. Logo em seguida os policiais se afastaram sem prestar socorro ao militar ferido.”

Uma vez absolvido na ação penal, por configurada a legítima defesa, o recorrido logrou êxito na ação cível visando à sua reintegração.

Restaria, porém, o resíduo da acusação por omissão de socorro, desprezada na sentença absolutória em virtude da prescrição.

No Agravo Regimental nos Embargos no Recurso Extraordinário nº 92.329, Relator o Ministro Décio Miranda, entendeu o Plenário da Corte que a prescrição da ação penal não desconstituiu o ilícito funcional. (RTJ 105/1.063).

Mas no caso em exame não se trata de crime funcional, e sim de conduta penalmente relevante, que é a de deixar de prestar assistência a pessoa ferida.

Entretanto, sendo o recorrido o autor do disparo que atingiu o rosto do militar, a omissão de socorro é apenas uma consequência da ação principal. Daí que não se pode ter a omissão como resíduo administrativo, e sim como do tipo específico do crime, em concurso formal com o de homicídio tentado. A vítima foi socorrida por terceiros e sobreviveu.

As demais omissões que são apontadas como falta grave - não comunicação dos fatos e troca da arma utilizada na tentativa -, integram a mesma conduta penal, e podem ser atribuídas ao pânico que assaltou o recorrido e os policiais, em face do grave incidente.

Tenho, assim, que, com a absolvição do recorrido, não restou falta funcional a justificar a subsistência do ato demissório... ”.³ (g.n.)

Nossa colenda *Suprema Corte* ao conceber a Súmula nº 18 fê-lo com lastro, entre outros julgados, na ação rescisória nº 598/DF onde o debate acerca do alcance da absolvição criminal na esfera do direito administrativo tornou-se inflamado, aprioristicamente, o então eminente Ministro *Pedro Chaves*, em seu voto, julgou improcedente a ação entendendo que era impossível repercutir a absolvição criminal por insuficiência de provas para a condenação. Foi acompanhado pelo eminente Ministro *Hermes Lima*, mas o preclaro Ministro *Victor Nunes* pediu vista dos autos e quando apresentou seu voto divergiu com esteio em argumento que acabou por convencer seus pares, sendo a ação julgada procedente.

Destacamos o seguinte trecho:

"...Foi, portanto, imputado ao funcionário, autor desta rescisória, um fato único, de natureza não administrativa, porém penal, a prática de estelionato acusação de que veio a ser absolvido, no processo criminal. Absolvição por falta de provas, é certo, mas em processo no qual o juiz fez todas as diligências ao seu alcance para obter a prova, inclusive promovendo perícias, que não tinham sido feitas pela Comissão de

³ (STF - RE 102643/SP, 2ª T., Min. Carlos Madeira, v.u., DJ 06/06/1986, p. 00214).

inquérito e que resultaram inconcludentes, quanto à existência do crime e à sua autoria.

*O problema do resíduo administrativo pressupõe que ao funcionário seja atribuído, além do crime, que não seja de natureza funcional, e do qual vem a ser absolvido, alguma outra falta, que ao juízo criminal não caiba apurar. **Se a acusação é apenas pelo fato definido, em tese, como crime, há de prevalecer a decisão absolutória, quando não se trate de crime funcional.** No caso, o crime não era funcional, nem teria sido cometido a pretexto do exercício de função pública.*

(...)

A circunstância de ter sido a absolvição por falta de provas não leva, no caso, a conclusão contrária...". (g.n.)

Como dito acima, desse duto voto condutor, resulta a tese de que o residual administrativo somente pode ser reconhecido se o crime for funcional e não o sendo a absolvição criminal, calcada na insuficiência de provas, pode sim autorizar a reintegração do servidor público punido. Destarte, não é da melhor técnica dizer que apenas a sentença absolutória plena onde seja declarada a inexistência do crime ou a negativa de autoria, possa repercutir no seio administrativo, até porque há casos outros a serem considerados como, por exemplo, quando a absolvição criminal se dá com espeque na legítima defesa, no exercício regular de direito, no estado de necessidade e no estrito cumprimento do dever legal.

Neste sentido, a jurisprudência tem reconhecido a prevalência da sentença criminal, vejamos:

"ADMINISTRATIVO. POLICIAL MILITAR. LICENCIAMENTO. ATO ADMINISTRATIVO. ABSOLVIÇÃO NA ESFERA PENAL. LEGÍTIMA DEFESA. EFEITOS. PRESCRIÇÃO. DECRETO Nº 20.910/32. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CRIMINAL.

1. Absolvido o autor na esfera criminal, o lapso prescricional quinquenal, previsto no Decreto nº 20.910/32, tem como termo a quo a data do trânsito em julgado da sentença penal e não o momento do ato administrativo de licenciamento.

2. A decisão penal repercute no julgamento administrativo quando ocorre sentença penal absolutória relacionada aos incisos I e V do art. 386 do Código de Processo Penal.

3. Tendo de vista que o autor foi absolvido na esfera penal por legítima defesa, e o ato de licenciamento foi fundado unicamente na prática de homicídio, não há motivos para manter a punição administrativa, pois a controvérsia está embasada unicamente em comportamento tido como lícito.

4. Recurso ao qual se nega provimento."

(STJ - REsp 448.132/PE, Rel. Ministro PAULO MEDINA, SEXTA TURMA, julgado em 08.11.2005, DJ 19.12.2005 p. 480)

Todavia, ainda não são estas as únicas hipóteses em que a absolvição criminal pode repercutir na esfera do Direito Administrativo Disciplinar.

Se o servidor público for acusado de ter cometido transgressão disciplinar concorrente com crime e por esse mesmo fato for processado administrativa e criminalmente, resultando em sentença absolutória pela atipicidade da conduta (alínea “b”, do art. 439, CPPM ou inciso III, do atual art. 386, CPP), é possível a anulação do ato administrativo sancionatório, pese ser controvertida esta questão.

Tendo sido a demissão ou expulsão deflagrada com escopo em transgressão disciplinar, também definida como crime, sem que seja incorporada na decisão final do processo administrativo disciplinar transgressão autônoma, não há dúvida de que a declaração judicial de atipicidade da conduta torna passível de anulação a reprimenda administrativa.

Não teria como ser de outra forma, pois se fosse alegado, como sustentam alguns julgadores, que a declaração de atipicidade criminal não exclui o resíduo administrativo teríamos verdadeira invasão de competência do Poder Judiciário na competência do Poder Executivo, uma vez que para ser reconhecido o residual administrativo é notório que este deva ser externo à conduta criminal e estar devidamente identificado na portaria de instauração do processo administrativo, além de evidenciado na decisão final da autoridade administrativa, não só para dar oportunidade do exercício do direito de defesa ampla e contraditória, como para garantir o devido processo legal.

Enfim, o resíduo administrativo não pode ser fruto da interpretação de quem quer que seja e sim substância de uma acusação autônoma, clara, concisa e perfeitamente delineada no tempo e no espaço, da qual se defendeu o imputado durante o processo administrativo.

Neste sentido os seguintes julgados:

EMENTA: POLICIAL MILITAR. EXPULSÃO. DECISÃO EM PROCESSO CRIMINAL QUE AFASTOU A OCORRÊNCIA DE ILÍCITO PENAL. REINTEGRAÇÃO NO CARGO. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO PRINCÍPIO DA INDEPENDÊNCIA E HARMONIA DOS PODERES.

O acórdão recorrido, examinando as conclusões do processo criminal que absolveu o ora recorrido por não haver praticado o ato imputado, entendeu que se os fatos que ensejaram a pena administrativa são os mesmos não há resíduo ou falta residual não considerada na absolvição criminal. Ora, com tal fundamentação, que não cabe ser reapreciada diante dos termos da Súmula 279, não se pode afirmar que o aresto recorrido haja ofendido o princípio da separação e independência entre os poderes do Estado. Recurso não conhecido. (RE 197886, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 14/12/1998, DJ 21-05-1999 PP-00019 EMENT VOL-01951-04 PP-00727)

* * *

POLICIAL MILITAR. Demissão pela prática de crime. Absolvição na esfera penal, considerada a conduta fato atípico. Pretensão de ser

reintegrado ao serviço público. ADMISSIBILIDADE. A presença do fato ou da autoria prevista no § 3º do art. 138 da CE exige a prática de crime, não de ato considerado atípico. Eventual resíduo administrativo não foi demonstrado nos autos. Ação procedente. Recursos improvidos. (TJSP – APELAÇÃO CÍVEL nº 098.026-5/9-00, 7ª Câmara de Direito Público, v. u., rel. Des. Jovino de Syllos Neto, em 06/08/2001)

Como visto acima, no controle do ato administrativo sancionatório o Poder Judiciário está legitimado para aferir se é o caso de repercussão da sentença penal absolutória sobre o motivo alvitado pela autoridade administrativa, eis que “a teoria dos motivos determinantes, em consonância com a qual a validade do ato se vincula aos motivos indicados como seu fundamento, de tal modo que, se inexistentes ou falsos, implicam a sua nulidade. Por outras palavras, quando a Administração motiva o ato, mesmo que a lei não exija a motivação, ele só será válido se os motivos forem verdadeiros”⁴. Declarando o Juízo Criminal que o ilícito penal inexistiu ou que o irrogado não foi o seu autor, não se poderá mais manter a decisão administrativa sancionatória que tenha sido aplicada com lastro na existência do crime, ou na sua autoria.

Um exemplo louvável de declaração judicial de inexistência do fato com ampla margem de repercussão em sede administrativa, mormente pela excelente técnica empregada pelo eminente Juiz Dr. *Ronaldo João Roth*, da 1ª Auditoria, poderá ser encontrada nos autos do processo crime militar nº 53539/2009, onde constam os seguintes trechos:

“...Em síntese, diante da incongruente versão das duas vítimas, de suas omissões em comunicar os fatos gravíssimos que disseram ter sofrido, ocultando isso por tempo injustificável, e do interesse da Sd PM (...) em prejudicar o acusado; de se afastar a credibilidade dessas versões para concluir que as palavras do réu foram razoáveis e dignas de fé, ainda mais que robustecida com a prova oral e técnica acostada aos autos. Não pode o Judiciário acolher interesses escusos das pessoas envolvidas na denúncia para decidir sobre fatos incertos, inexistentes e fantasiosos, condenando o réu, pois nem sempre as aparências enganam. Por outro lado a natureza da prova, in casu, é probabilíssima em favor do réu e isso corresponde à certeza e à verdade.... Como se vê, a solução da absolvição e sua fundamentação tem base não só na lógica judiciária (lógica das provas), mas ante também à melhor interpretação, com base na lógica jurídica, que, como diz FABIO KONDER COMPARATO, “é a lógica da preferência, não da consequência, ou seja, é a lógica da escolha entre várias possibilidades corretas”.
(. . .)

⁴ Di Pietro, Maria Sylvia Zanella – Direito Administrativo – Atlas, 23ª ed., pág. 211

No mesmo voto do Superior Tribunal de Justiça, o ministro-relator critica a concepção ortodoxa da verdade real, tida como mitificada pelos que seguem essa corrente. Ele cita FRANCISCO DAS NEVES BAPTISTA: "O mundo da prova é o mundo das presunções e construções. ideais, estranhas ao que se entende, ordinariamente, por realidade. E o sistema jurídico processual assim o quer."

Esclarece o relator do referido Habeas Corpus "O princípio da verdade real, para além da terminologia, não poderia ter - na concepção ortodoxa - limitações." No entanto, pondera, "não pode acontecer é reconhecer-se, como homenagem à suposta verdade real, algo como provado, quando em verdade, em termos legais, tal demonstração ino correu".

(...)

Ora, esse depoimento da testemunha (...) e o fato da testemunha (...) responder um IPM que foi provocado pelo próprio acusado; unidos ao interesse em prejudicar o réu e às suas omissões dos fatos por tempo injustificável por parte das vítimas; afasta o apego da versão apresentada, pois esta, reproduzida na denúncia e no seu aditamento, caracterizou o incrível na lição ino lvidável de NICOLA FRANCISCO DEI MALATESTA acima transcrita, devendo, pois, ser afastada.

(...)

Em face disso, absolve o réu pela inexistência do fato!

(...)"

Transitada em julgado, a sentença penal absolutória ganha a força da coisa julgada preconizada no artigo 5º, inciso XXXVI, do Texto Supremo, sendo seus efeitos imposteráveis e capazes de provocar efeitos administrativos, dentre eles, até mesmo o reconhecimento da parte da Administração Pública que poderá revogar o ato sancionatório.

Enfim, "A discricionariedade não se faz presente em ato administrativo que impõe sanção disciplinar a servidor público, sendo o controle jurisdicional de tal ato amplo"⁵. Assim é, porquanto a teoria da supremacia do interesse público vem sendo mitigada à luz dos demais princípios constitucionais, em especial o da dignidade da pessoa humana, como bem referido na lição de Celso Antonio Bandeira de Mello "o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito, porque é o Direito que regula o comportamento da Administração. E ele que disciplina as relações entre Administração e administrados, e só poderia mesmo existir a partir do instante em que o Estado, como qualquer, estivesse enclausurado pela ordem jurídica e restrito a mover-se dentro do âmbito desse mesmo quadro normativo estabelecido genericamente. Portanto, o Direito Administrativo não é um Direito

⁵ AgRg no REsp 808.677/RJ, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 31/08/2010, DJe 13/09/2010

criado para subjugar os interesses ou os direitos dos cidadãos aos do Estado. E, pelo contrário, um Direito que surge exatamente para regular a conduta do Estado e mantê-la afivelada às disposições legais, dentro desse espírito protetor do cidadão contra descomedimentos dos detentores do exercício do Poder estatal. *Ele é, por excelência, o Direito defensivo do cidadão* - o que não impede, evidentemente, que componha, como tem que compor, as hipóteses em que os interesses individuais não de se fletir aos interesses do todo, exatamente para a realização dos projetos de toda a comunidade, expressados no texto legal. É, pois, sobretudo, *um filho legítimo do Estado de Direito, um Direito só concebível a partir do Estado de Direito: o Direito que instrumenta, que arma o administrado, para defender-se contra os perigos do uso desatado do Poder.*"⁶

Por todo o exposto, resta concluir que a questão da repercussão da sentença criminal absolutória no seio do processo administrativo não está pacificada, em verdade está em franca evolução não só na doutrina como também na jurisprudência, onde vez por outra eclodem teses favoráveis à repercussão de sentenças calcadas na insuficiência de provas para a condenação, visando salvaguardar a mãe de todas as garantias individuais, ou seja, a dignidade da pessoa humana. É realmente muito importante refletir sobre o tema em questão, em especial porque não se pode ter como comprovada a responsabilidade administrativa, quando a responsabilidade criminal não se perfez por ausência de provas para a condenação, em processos (administrativo e criminal) onde o conjunto probatório é rigorosamente o mesmo.

O princípio da presunção de inocência impede que o cidadão seja declarado culpado ainda que absolvido por insuficiência de provas, mas isso não se dá atualmente na seara administrativa o que nos remete ao paradoxo de que para a Administração Pública ele é culpado, embora absolvido criminalmente, e, portanto, passível de sofrer a penalidade extrema. Cremos que em breve tempo poderá pacificar-se o entendimento de que embora não repercutindo diretamente a sentença penal absolutória, por falta de provas, possa ser crucial para deflagrar o controle do ato administrativo à luz dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, quando somada às demais circunstâncias atenuantes e aos antecedentes funcionais do servidor punido, aliás, tese que já foi amplamente defendida pela 3ª Seção do c. STJ.

Esta é a nossa singela contribuição em comemoração ao festejo dos 75 anos do nosso egrégio Tribunal de Justiça Militar.

⁶ Curso de Direito Administrativo – Malheiros, 26ª ed. Pág. 47

Retrospectiva

O momento que vivenciamos neste 75º aniversário

*José Álvaro Machado Marques**

Iniciamos este texto manifestando a honra e a alegria que sentimos em participar desta empreitada, levada a termo em comemoração aos 75 anos de existência da Justiça Militar do Estado de São Paulo, muito embora seu embrião esteja num passado ainda mais distante, qual seja, quando da criação da Auditoria da Força Pública, em 1896 (Lei 491/1896), sendo Presidente do Estado de São Paulo o Dr. Manoel Ferraz de Campos Salles.

Diferentemente dos meus colegas da magistratura, de representantes do Ministério Público e de advogados que também se empenharam na edição deste livro, eis que muitos deles trataram de assuntos que fazem parte do cotidiano dos operadores do Direito Militar, entendo ser esta uma oportunidade para deixar o registro de um momento singular pelo qual percorre toda a Justiça Militar deste país.

Não temos pretensão alguma de acrescentar conhecimento jurídico aos leitores e sabemos que a matéria que subscrevemos pode trazer à lembrança aquelas publicadas nos nossos periódicos especializados. Não obstante, tratando-se de uma publicação histórica, entendo pertinente o registro da conjuntura em que estamos inseridos neste ano de 2012.

Nada nos deixaria mais felizes, daqui a algum tempo, estando onde estivermos, do que tomarmos conhecimento de que as anotações aqui lançadas perderam a atualidade e o Direito Militar, substantivo e adjetivo, restou aperfeiçoado por intermédio de normas e institutos que reflatam os verdadeiros anseios dos operadores deste ramo especializado da ciência jurídica que confiam na construção de um país sério, de uma sociedade melhor e mais justa, repleta de boas oportunidades profissionais aos nossos filhos e netos, dispondo, ainda, de forças armadas, e auxiliares, bem treinadas e capacitadas a prestar ao cidadão um serviço de excelência, baseado no estrito cumprimento da lei, na manutenção da ordem e na perseguição dos objetivos nacionais.

No ambiente econômico-social em que vivemos, temos a firme convicção de que só com incondicional respeito à disciplina e hierarquia as forças militares de segurança interna e externa poderão desempenhar os papéis que lhes cabem na edificação de dias melhores ao povo brasileiro.

A Justiça Militar brasileira opera sob diferentes configurações no tocante à sua estrutura organizacional.

A primeira é aquela formada pelo Superior Tribunal Militar e pelas circunscrições judiciárias onde funcionam as Auditorias Militares da União.

A segunda diz respeito aos três Estados da Federação onde há Tribunais Militares (São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul) e Auditorias Estaduais a eles vinculadas.

* Juiz de Direito da 4ª Auditoria da Justiça Militar de Estado de São Paulo.

Os Estados de Santa Catarina e Pará possuem diferenciada conformação de Justiça Militar, pois neles ainda há juízes concursados especialmente para as respectivas Auditorias Militares Estaduais.

Na última configuração, em todos os Estados Federados não referidos nos parágrafos anteriores, existem juízes de direito respondendo pelas correspondentes Auditorias Militares, sendo que, às vezes, acumulam função judicante comum com alguma outra Vara Especializada.

Nos dois últimos casos, como todos sabemos, cabem aos Tribunais de Justiça Estaduais julgar os recursos das decisões proferidas nas Auditorias Militares, quer pelos juízes de direito, quer pelos Conselhos Permanentes e Especiais de Justiça.

Não restam dúvidas de que os problemas de violação à lei penal militar nas Forças Armadas são diferentes daqueles enfrentados nas Auditorias Militares Estaduais. Isto ocorre em razão da natureza das funções desenvolvidas pelos respectivos jurisdicionados. Não bastasse isto, mesmo nas Justiças Militares Estaduais, não raras vezes, a forma de processar e julgar os delitos militares não é absolutamente homogênea, parecendo-nos que, onde há segundo grau especializado (São Paulo, Minas Gerais e Rio Grande do Sul), há maior semelhança de entendimentos, de decisões, de aplicação das regras do processo penal militar, da imposição e cumprimento de pena e da execução dos julgados cíveis ou criminais.

Pará e Santa Catarina, até esta data, contam com juízes que, por décadas, exercem suas funções à frente de suas respectivas Auditorias Militares Estaduais. O convívio daqueles magistrados com o direito castrense, e com as peculiaridades da vida em caserna, lhes proporciona, além de maior sensibilidade com os valores cultuados nas polícias militares e corpos de bombeiros daqueles Estados, também o conhecimento das particularidades relativas ao desenvolvimento do serviço de polícia ostensiva/preventiva e do combate/prevenção de sinistros, calamidades públicas e defesa civil.

Isto deve acontecer, também, em diversas unidades federadas onde os juízes de direito têm a incumbência, ou o interesse, ou a oportunidade de exercerem, por mais tempo, suas funções judicantes nas Auditorias Militares Estaduais.

Nos outros casos, apesar do conhecimento jurídico e da reconhecida capacidade intelectual de todos os magistrados, pode ocorrer falta de tempo para que conheçam com maior profundidade as singularidades das atividades exercidas pelos seus jurisdicionados e, em tese, existe a possibilidade disto interferir, de certa forma, na instrução do processo e na busca da verdade, apesar da participação dos membros dos Conselhos de Justiça, nos processos de sua competência. De forma alguma deixo de reconhecer o brilhantismo da atuação de todos os colegas da Justiça Comum que judicam, ou judicaram, nas Auditorias Militares Estaduais, vários deles, hoje, Desembargadores nos Tribunais de Justiça. É de se ponderar, apenas, que um maior tempo de contato com os assuntos ligados à caserna nos deixa ver, de forma mais cristalina, um mundo de especificidades, normalmente desconhecido daqueles que têm um contato mais efêmero com os quartéis e com os valores cultuados pelos homens e mulheres que ali exercem suas atividades profissionais.

Feitas estas considerações, lembro aos leitores que nós, magistrados que atuam na Justiça Militar, vivemos um momento especial, sendo este, talvez, aquele em que exista uma maior integração entre todos os segmentos acima mencionados.

Pela primeira vez na história da Justiça Militar, foi constituída, no Superior Tribunal Militar, um Grupo de Estudos heterogêneo para propor atualização da legislação castrense. Os vários dispositivos do Código Penal Militar e Código de Processo Penal Militar estão sendo analisados, pormenorizadamente, para posterior remessa de propostas ao Poder Legislativo.

Sabemos que outros estudos, em passado não muito remoto, foram levados a termo naquela Corte para o aperfeiçoamento dos referidos diplomas legais. Há também notícia de outros esforços isolados neste sentido. Não obstante, nos parece que, só nesta oportunidade, todos os segmentos da Justiça Militar brasileira estão reunidos num mesmo Grupo de Estudos a fim de debater suas dificuldades e apresentar sugestões ao aprimoramento da lei. Isto vem ocorrendo com excelente integração entre as Justiças Militares Estaduais, a Justiça Militar da União, o Ministério Público e a Defensoria Pública da União.

Referido grupo, presidido pela Exma. Sra. Ministra Maria Elizabeth Guimarães Teixeira Rocha, do qual também faz parte este subscritor, é composto, ainda, pelos seguintes membros:

- Gen Ex *Francisco José da Silva Fernandes* – Ministro do STM
- Ten Brig Ar *Henrique Marini E Souza* – Ministro do STM, aposentado
- Ten Brig Ar *Cherubim Rosa Filho* – Ministro do STM, aposentado
- Dr. *Mário Sérgio Marques Soares* - Subprocurador-Geral da Justiça Militar
- Dr. *José Barroso Filho* – Juiz Auditor da 12ª CJM e Presidente da AMAJUM
- Dr. *José Roberto P. Maia Bezerra Jr.* – Juiz de Direito da JME do Pará
- Dra. *Zilah Maria C. Fadul Petersen* – Juíza-Auditora da 11ª CJM
- Prof. Dr. *José Carlos C. de Carvalho* – Subprocurador-Geral da Justiça Militar, aposentado
- Dr. *Antônio Ezequiel I. Barbosa* – Defensor Público Federal
- Dra. *Caroline da Paula O. Piloni* – Defensora Pública Federal.

Ao lado do colega da Justiça Militar Estadual do Pará, fomos indicados pela Associação dos Magistrados das Justiças Militares Estaduais para atuar nesse Grupo de Estudos. Minha indicação foi aprovada pelo egrégio TJMESP e esta Corte vem nos apoiando incondicionalmente na perseguição dos nossos objetivos naquele Grupo de Estudos.

Muito provavelmente, esta nossa indicação, promovida pelo colega Getúlio Corrêa, ocorreu porque, em 2006, juntamente com o juiz do E. TJMESP, Dr. Paulo Antônio Prazak, ambos fomos designados para apresentar propostas de alteração à Lei Penal e Processual Penal Militar.

Naquela oportunidade, tivemos cerca de 60 (sessenta) dias para, após ouvir todos aqueles que se dispuseram a nos remeter suas ideias e propostas, concluir nossos trabalhos. Fizemos isto sempre considerando as (poucas) sugestões que

recebemos. Tínhamos várias limitações - de todas as ordens -, demos o nosso melhor e procuramos não decepcionar nenhum daqueles que nos deram um voto de confiança atendendo aos nossos pedidos de apresentação de sugestões.

Esta missão, dada ao colega Paulo Prazak e a mim, ocorreu porque o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo foi chamado a se manifestar sobre eventual modificação na legislação penal brasileira, com o objetivo de se coibir (inclusive evitando recidiva) os ataques às forças de segurança, que ocorriam em maio de 2006, ocasião em que, no centro de São Paulo, um atentado ao quartel do Comando do Corpo de Bombeiros paulista resultou na morte de um soldado, entre muitos outros policiais militares que foram atacados e perderam suas vidas em viaturas policiais e em bases de polícia preventiva.

Na esteira desses acontecimentos, o E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo convidou a Justiça Militar Estadual a apresentar, no prazo acima mencionado, suas propostas de alteração das leis que aplicava.

Nosso trabalho, juntamente com as propostas apresentadas pelo Tribunal de Justiça Estadual para alterações na legislação penal (comum), foi encaminhado ao Ministério da Justiça.

Todos conhecemos as alterações havidas no Código Penal Brasileiro após maio de 2006.

Todos sabemos que praticamente nada foi alterado nos Decretos-Lei nº 1.001 e nº 1.002/69.

Mais de quarenta anos se passaram sem revisões ou atualizações!

Hoje, novamente, estamos diante de uma oportunidade. Oxalá, agora, todos os envolvidos nos estudos, nas decisões e no processo legislativo mostrem-se mais sensíveis à necessidade de atualização das leis penal e processual penal militar.

Muitas são as dúvidas. Muitas são as incertezas. Entretanto, todos os envolvidos, direta ou indiretamente, com os trabalhos da Comissão em funcionamento no E. STM têm um grande comprometimento com o aperfeiçoamento das instituições, com o Estado Democrático de Direito, onde os objetivos maiores são não apenas o bem-estar, a garantia e o respeito à lei, como também o desenvolvimento pleno de todos aqueles que habitam este país de pluralidades e tantas desigualdades.

A sociedade, os valores culturais do nosso povo e a família estão sempre mudando ou alterando suas regras e formas. Vários campos do direito vêm acompanhando essas mudanças, mas num ritmo um pouco mais lento que as próprias mudanças sociais.

Infelizmente, nem mesmo isto é o que vem ocorrendo com o Direito Castrense! Talvez até por esquecimento do legislador pátrio.

Deixa-se consignado que, os militares que ingressaram em suas corporações em 1964 puderam deixar o serviço ativo, “aposentando-se”, a partir de 1994. Destarte, qualquer “esquecimento proposital” de segmentos do Poder em relação ao Direito Castrense nos parece algo bastante anacrônico e contrário aos interesses da nação.

As Forças Armadas são instituições permanentes e indispensáveis à soberania do país.

As Polícias Militares estão presentes em todo o território nacional e, em milhares de municípios, seus integrantes representam o único contato do cidadão com a autoridade de representação do Estado.

Nesse contexto, por óbvio, existem muitos problemas.

Imaginemos como seria a situação se estes militares estaduais não estivessem submetidos à disciplina, à hierarquia e ao Direito Penal Militar, além de estarem sujeitos, também, enquanto cidadãos, a toda a legislação penal brasileira e à Justiça Comum, nos crimes de sua competência. E não temos dúvida alguma de que os maus policiais militares gostariam de não estar sujeitos aos regulamentos militares, à disciplina, à hierarquia e, principalmente, à Justiça Militar do Estado.

Em relação ao Estado de São Paulo, onde judicamos na 4ª Auditoria Militar Estadual, temos o orgulho de dizer que a Justiça Militar do meu Estado é uma garantia ao “bom” e um pesadelo para os “maus” policiais militares. E, quanto mais elevado o posto ou a graduação dos nossos réus, maior é sua responsabilidade (inclusive penal) e seus deveres para com a sociedade que, um dia, juraram proteger.

Somos “CORPORATIVISTAS”!

Não toleramos aqueles que não dignificam a história de bons serviços prestados pela Milícia Bandeirante! Não admitimos desvios no cumprimento da Lei! Não vamos permitir que a minoria de maus policiais militares desonrem o bom serviço prestado pela esmagadora maioria deles! Não compactuamos com aqueles que atentam contra a sociedade e contra os direitos do cidadão! Queremos ver fora da Polícia Militar Paulista aqueles que não correspondem ao que se espera de um bom profissional de segurança pública.

Somos muito “corporativistas” na medida em que buscamos, com todas as forças e em todas as nossas decisões, proteger a sociedade e a Polícia Militar Bandeirante daqueles seus poucos integrantes que agem com desrespeito à lei, violando qualquer direito do cidadão e deixando de contribuir para que sejam alcançados os verdadeiros objetivos da Corporação no sentido da prestação de um excelente serviço à comunidade paulista.

O convívio profissional diário com a Polícia Militar do Estado de São Paulo, há trinta e nove anos e cinco meses, nos permite afirmar que uma parcela ínfima dos seus integrantes não honra o uniforme “cinza bandeirante”.

Sem dúvida, há o que melhorar, mas, comparado aos outros setores do Poder Público, a Corporação presta bons serviços, há cento e oitenta e um anos, principalmente, quando nos lembramos: **1.** de onde vem o profissional de segurança; **2.** onde ele atua; **3.** dos momentos em que ele é chamado a intervir; **4.** qual o seu instrumento de trabalho; **5.** qual é o tratamento que a sociedade lhe dispensa; **6.** qual é o temor que a fiel aplicação da lei penal desperta no infrator; **7.** do nível cultural do nosso povo, entre diversos outros aspectos ligados à vida do cidadão referentes à saúde, emprego, educação, lazer, administração familiar etc.

Ocorre, que a Polícia Militar do Estado de São Paulo é composta por 100 mil integrantes na ativa, e outras dezenas de milhares na reserva. Admitindo-se, hipoteticamente, que 1% de seu efetivo, dolosamente, pratica ilegalidades,

teríamos, diariamente, mil homens armados, uniformizados, pagos pelos cofres públicos, agindo contra a sociedade. Acrescente-se que, não raras vezes, eles operam numa conjuntura que lhes favorece proceder ao arrepio da Lei e com abuso de autoridade. Infelizmente, esta minoria ocupa as manchetes dos jornais e desonra, perante todos os brasileiros, o trabalho honesto, dedicado e honrado da esmagadora maioria dos militares estaduais.

A Justiça Militar Estadual, o Ministério Público, a polícia judiciária militar e a Corregedoria da PMESP estão atentos e trabalhando de forma integrada e incansável para expurgar da Corporação todos aqueles que se afastam do fiel cumprimento da lei, traindo os seus compromissos com o povo paulista.

Compartilhadas com o leitor, neste momento histórico da Justiça Militar Paulista, estas nossas ideias, sentimentos e experiência pessoal, nos permitimos discorrer, brevemente, sobre o andamento dos trabalhos, perante o colendo Superior Tribunal Militar, do Grupo Especial de Estudos com o objetivo de sugerir alterações no CPM e CPPM.

Nada é fácil após quarenta e dois anos sem atualização ou revisão, repetimos.

Há muito por fazer! E, dadas as experiências diversas na aplicação da lei de todas aquelas pessoas provenientes de “configurações” diferentes da Justiça Militar, pode-se imaginar o tempo usado em discussões sobre cada palavra da Lei. Mas, apesar de todas as dificuldades, importante registrar que todos são ouvidos e todas as questões controversas são colocadas em votação, com apreciação de diferentes soluções. Constam dos textos aprovados por maioria, e das atas de sessão, os votos divergentes.

Até abril de 2012, a comissão atualizou o CPM até o seu artigo 211.

Várias foram as mudanças aprovadas na comissão. Mencionei apenas as mais expressivas.

Alterando o artigo 9º, I, do Código Penal Militar, ampliamos a competência da Justiça Militar para conhecer e julgar todos os crimes previstos na legislação penal brasileira praticados pelos militares nas circunstâncias previstas no inciso II daquele dispositivo legal. É entendimento dominante que a Justiça Militar tem o dever e a estrutura necessária para ajudar a Justiça dos Estados e a Justiça Federal que estão sobrecarregadas de processos. A EC 45/2004 ainda estabeleceu competência aos juízes de direito para processar e julgar, singularmente, os crimes praticados contra civis, o que afasta, de vez, todas as “preocupações” daqueles que nos atacam sem nos conhecerem.

Tentamos melhorar a redação da alínea “c” do inciso II do artigo 9º do CPM com o objetivo de minimizarmos os problemas que enfrentam as Auditorias Militares onde não há 2º grau especializado relativamente às questões do militar da ativa, do militar em serviço ou atuando em razão da função.

Retiramos a expressão “assemelhado” do código.

Nos artigos 22 e 98, IV, mencionamos expressamente as forças auxiliares e os “matriculados” nas Forças Armadas.

Introduzimos o arrendimento posterior, à semelhança da lei penal comum.

No parágrafo único do artigo 42, substituímos os comandantes de navio, aeronave ou praça de guerra por qualquer militar em função de comando.

Fizemos as necessárias adequações em várias passagens do texto da Lei, no que diz respeito à agravação, atenuação, aumento e diminuição de pena, para a devida harmonização com o texto do Código Penal Brasileiro.

Adequamos o texto do CPM no que diz respeito à responsabilidade penal do menor de 18 (dezoito) anos.

Excluimos a pena de “reforma”.

Acrescentamos:

- agravante genérica nos crimes praticados contra pessoa maior de 60 (sessenta) anos, mulheres grávidas e pessoas que necessitem de cuidados especiais;
- atenuante genérica do crime praticado sob influência de multidão em tumulto, caso não tenha sido provocada pelo agente.

Revogamos tudo o que se referia aos criminosos habituais ou por tendência (artigo 78).

Alteramos as regras do concurso de crimes e do crime continuado, tornando-as mais semelhantes ao CPB.

Retiramos a possibilidade de o juiz, na concessão ou não da suspensão condicional da pena, “presumir” que o sentenciado possa tornar a delinquir.

Trouxemos para o nosso código o disposto no artigo 77 § 2º, do CPB que possibilita ao maior de 70 (setenta) anos o benefício do “sursis” para aquelas penas privativas de liberdade não superiores a 04 (quatro) anos.

Fizemos menção expressa no CPM das condições do “sursis”, extinguindo aquela referente a “tomar ocupação dentro de prazo razoável se for apto para o trabalho”, e registrando que decisão definitiva relativa à prática de crime doloso obriga à revogação do benefício, diferentemente daquela proferida em crime culposos, que apenas a faculta.

Introduzimos a possibilidade de advertência ao beneficiário do “sursis” pelo descumprimento das condições impostas, antes da revogação do benefício ou da prorrogação do período da suspensão.

Corrigimos a dicotomia existente nos Códigos Penal e de Processo Penal Militar, no que tange à concessão do “sursis” no delito de desacato a superior.

Condicionamos a concessão do livramento condicional no delito militar, após dois terços de cumprimento da pena, aos condenados por crime hediondo, de tortura, tráfico de entorpecentes e drogas afins e terrorismo.

Retiramos a possibilidade de o magistrado fazer suposições referentes à vida futura do sentenciado na concessão (ou não) do livramento condicional, bem como ajustamos a revogação obrigatória deste benefício de forma a não haver contradição com as mesmas condições da suspensão condicional da pena.

No artigo 99, ficou estabelecido que a perda do posto e patente resulta da declaração, por Tribunal Militar competente, da indignidade ou da incompatibilidade para o oficialato do condenado, por sentença irrecurável, à pena privativa de liberdade por tempo superior a dois anos.

Revogamos os artigos 105, 106 e 118 do Estatuto Repressivo Castrense.

Introduzimos a possibilidade de tratamento ambulatorial entre as medidas de segurança.

Substituímos a menção “instância superior”, contida no § 2º do artigo 112 pela expressão “autoridade judicial competente”.

Instituímos o perdão judicial nos mesmos casos em que a lei penal comum o admite para deixar de aplicar a pena.

Na parte referente à prescrição, fizemos constar, expressamente, as pretensões punitiva e executória.

Suspendemos a contagem do prazo prescricional no caso de não comparecimento do réu citado por edital ou devido a não constituição de advogado.

Na nossa proposta, as penas acessórias prescreverão juntamente com as reprimendas principais.

A reabilitação negada poderá ser novamente requerida, em qualquer tempo, caso o novo pedido seja instruído com os requisitos necessários.

Nos crimes de motim e revolta, ficou estabelecido que a grave ameaça também configura o crime.

Substituímos o “material mimeografado” do artigo 155, em decorrência do seu desuso, haja vista o desenvolvimento tecnológico dos tempos atuais.

A violência contra superior passou a ser qualificada se dirigida contra o comandante de qualquer fração de tropa.

A reunião ilícita ocorrerá se for realizada não mais para “discutir”, e sim, para “questionar” atos de superiores.

A prática de grave ameaça, na tentativa de fuga de preso ou internado, passou a configurar o crime.

Nas oportunidades em que o código fala em ascendente, descendente, irmão ou cônjuge, acrescentamos a figura do companheiro.

No artigo 202, previmos não só o uso de álcool como, também, o de droga.

Acrescentamos a possibilidade de violação ao artigo 204 por todos os militares de carreira e não só por parte dos oficiais.

No homicídio doloso, criamos o § 3º para aumentar a pena em 1/3 se a vítima for menor de 14 (quatorze) ou maior de 60 (sessenta) anos, mulher grávida ou pessoa que necessite de cuidados especiais.

Na hipótese de homicídio culposo, ao agente que não procurar diminuir as consequências do seu ato ou fugir para evitar a prisão em flagrante, aplica-se a causa de aumento de pena (apesar das críticas feitas por alguns doutrinadores do direito quanto a este último motivo).

A redução de pena no caso da provocação indireta ao suicídio, caso ele reste apenas tentado, será de 1/3 à metade.

Caracterizamos também como lesão corporal de natureza grave o ferimento que resulta em aceleração do parto e, caso ocorra o aborto, restará configurada lesão gravíssima.

Alteramos a pena relativa às lesões qualificadas pelo resultado, tornando-a igual àquela estabelecida no Código Penal Brasileiro.

Estamos tentando convencer o Grupo Especial de Estudos que a desclassificação prevista no § 6º do artigo 209 deve ser estendida, também, à lesão corporal culposa.

Foi neste ponto que chegaram, até abril de 2012, os trabalhos do Grupo de Estudos em funcionamento no STM.

Deixamos o registro de que, aos 24 de outubro de 2011, perante o Pleno do Egrégio Superior Tribunal Militar, reuniu-se o Grupo de Estudos para expor aos eminentes Ministros daquela corte nossa proposta de atualização da Parte Geral do Código Penal Militar.

Naquela oportunidade, assim se manifestou a Ministra Presidente do Grupo de Estudos:

“Senhor Presidente, Senhores Ministros e membros do Grupo de Trabalho

Encaminhei a Vossas Excelências relatório parcial com as alterações da Parte Geral do CPM, procedidas nas reuniões do Grupo Especial de Estudos, com o objetivo de receber sugestões para as alterações do CPM e do CPPM, bem assim, de cópia das atas das referidas reuniões. Agradeço antecipadamente as contribuições enviadas, em especial a dos Ministros Fernando Sérgio Galvão, Marcos Martins Torres e Raymundo Nonato de Cerqueira Filho.

Foram incorporadas ao texto, após discussão e votação dos membros presentes, as sugestões encaminhadas pelos órgãos oficiais consultados, bem como aquelas enviadas por meio eletrônico, após consulta pública disponibilizada no sítio do STM, pelo período de dois meses.

Esclareço que a linha de trabalho adotada pela comissão obedece rigorosamente os ditames da Lei Complementar 95, de 26 de fevereiro de 1998, e do Decreto 4.176, de 28 de março de 2002, que estabelecem normas para elaboração, redação e alteração de leis e atos normativos. O objetivo primeiro é manter a harmonia da legislação em vigor mediante a compatibilização das novas penas com aquelas já existentes, tendo em vista os bens jurídicos protegidos e, ainda, resguardar a definição clara e objetiva dos crimes militares, evitando a formulação de normas penais em branco.

O propósito é igualmente o de atualizar a linhagem sob os aspectos ortográficos e gramaticais, retirando expressões arcaicas ou que confirmam duplo sentido ao texto.

Mais, com a finalidade de preservar ao máximo o texto original, as alterações estão sendo feitas mediante substituição, supressão ou acréscimo de dispositivo.

Por derradeiro, expresso a preocupação da comissão de garantir as competências constitucionais da Justiça Militar da União, para que não exista desvio de alçada ou de jurisdição, por interpretação errônea ou equivocada das normas substantiva e adjetiva castrense, por parte dos aplicadores do direito.

Para tanto, após as discussões da reunião, solicito que as propostas de Vossas Excelências sejam encaminhadas por escrito e fundamentadas para análise do Grupo de Trabalho aqui presente" – Ata da 13ª Reunião do Grupo Especial de Estudos.

A partir daquele momento, vivenciamos um dinâmico debate sendo também reconhecidos os esforços do Grupo de Estudos. Não houve uma decisão final sobre nada, vez que os trabalhos ainda estão em andamento, mas alguns pontos despertaram reflexões mais aprofundadas.

A primeira questão polêmica, aprovada pelo Grupo e apresentada aos Senhores Ministros, foi a alteração do artigo 9º do CPM, que aumenta a competência da Justiça Militar. Não foi esquecido que já tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº 2.014/2003 que, recentemente, foi examinado na Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania, sofreu alterações no Senado e vai voltar à Câmara dos Deputados, em razão das alterações nele propostas. Nele, basicamente, o pretendido aumento de competência. Este PL 2.014 agregou e substituiu outros em andamento no Congresso Nacional.

Dentro das discussões sobre o artigo 9º do CPM, muito se falou sobre a alteração introduzida no Decreto-Lei nº 1.001/69 pela Lei nº 12.432/11.

Após estes fatos, o Grupo de Estudos reuniu-se novamente em 13.4.2012, oportunidade em que centralizamos atenção maior no sentido de alterar a legislação castrense apenas naquilo realmente imprescindível.

Todos os integrantes do Grupo de Estudos estão abertos a receber sugestões e, abaixo, mencionaremos as questões ainda não analisadas, onde nos parecem necessárias diversas alterações, tanto na legislação militar substantiva quanto na adjetiva. Ei-las:

1. revogar o termo “pederastia” contido no artigo 235 do CPM;

2. tipificar:

- assédio sexual (Lei nº 10.224/11).
- tráfico de pessoas para fim de exploração sexual (Lei nº 12.015/09)
- atentado contra a segurança de serviço de utilidade pública
- quadrilha ou bando
- fraude processual
- fraude em certames de interesse público (Lei nº 12.550/11)
- inserção de dados falsos em sistema de informação (Lei nº 9.983/00)
- “sequestro relâmpago” nos termos da Lei nº 11.923/09;

3. adequar:

- o artigo 290 à Lei nº 11.343/06
- a pena da corrupção nos termos da Lei nº 10.763/03
- os tipos penais de estupro, atentado violento ao pudor e violência sexual mediante fraude nos moldes da recente reforma havida no Código Penal.

Estes pontos do Código Penal Militar, s.m.j. do Grupo de Estudos, merecem atenção.

Passo agora a discorrer sobre o material que temos para a atualização do Código de Processo Penal Militar, a saber:

- possibilitar ao Juiz requisitar instauração de IPM;
- alterar as regras do sigilo do inquérito, nos moldes da súmula vinculante 14 do STF;
- no caso em que o réu/indiciado for oficial da reserva, não deverá prevalecer sua antiguidade de posto para nomeação do encarregado do IPM ou composição de Conselho Especial de Justiça;
- tratar da incomunicabilidade do preso observando-se a Lei Maior e a súmula vinculante 14 do STF;
- estabelecer a prisão temporária;
- criar medidas de proteção às testemunhas;
- adequar o CPPM no que diz respeito aos tribunais que decidem conflitos de competência;
- regulamentar o uso de algemas, observando-se a súmula vinculante 11 do STF;
- rever as proibições para concessão da liberdade provisória;
- realizar citação através de autoridade de polícia judiciária militar;
- alterar o momento do interrogatório possibilitando questionamentos das partes;
- permitir que oficiais indiciados possam ser transferidos para a reserva;
- tratar da tramitação de processos com réu revel;
- normatizar a tramitação de processo de competência do juiz singular (EC 45/04);
- alterar a possibilidade de adiamento dos atos processuais quando da falta injustificada de advogado e de réu solto ou revel;
- alterar o tempo das sustentações orais por ocasião dos debates nas sessões de julgamento;
- tratar da *emendatio* e da *mutatio libelli*, à semelhança da lei penal comum;
- estabelecer ao juiz de primeiro grau competência para julgar *habeas corpus* contra atos de autoridade militares, exceto aqueles praticados por oficiais gerais;
- revogar a necessidade de prisão para que o réu solto ou revel seja intimado da sentença condenatória;
- comunicar ao ofendido a liberdade do réu e o resultado do processo;
- citação com hora certa aos ex-militares;
- criar dispositivos para a efetiva reparação de dano ao ofendido, no juízo de conhecimento;
- dispor sobre os princípios e regras gerais atinentes ao processo judicial eletrônico; e
- adequar o CPPM às normas, garantias e objetivos estratégicos do Conselho Nacional de Justiça, visando ao seu aperfeiçoamento, com a consequente prestação jurisdicional efetiva.

Sem qualquer pretensão de esgotar as modificações necessárias na legislação castrense, entendemos serem estas as que mais exigem atenção, pois com elas nos

deparamos, diariamente, na aplicação das leis. Relevante é a participação de todos os operadores do Direito Militar nesta empreitada (ainda) em andamento.

Quanto ao momento que atravessamos nesta ocasião em que comemoramos 75 anos de existência, fica ainda registrado que, em 18 de novembro de 2009, à Justiça Militar do Estado de São Paulo foi conferido o Certificado nº SQ – 9890 referente ao Sistema de Gestão de Qualidade (ISO- 9001:2008) concedido pela Fundação Vanzolini, que é válido até 17 de novembro de 2012, oportunidade em que uma nova avaliação poderá ou não renová-lo. Isto representa uma conquista e um reconhecimento pelo trabalho que desempenhamos há anos em prol do nosso Estado e da Justiça.

Finalizando, deixo consignado que, integrar esta equipe de homens e mulheres que dedicaram, e dedicam, seus esforços em “construir” a Justiça Militar do Estado de São Paulo nos honra e nos deixa repletos de orgulho. Todos nós que integramos este ramo especializado da Poder Judiciário Paulista, repetimos, estamos comprometidos com o incondicional respeito à Lei e com a excelência de prestação de serviços que a manutenção do ISO-9001, conquistado em 2009, requer. Reafirmamos nosso compromisso com o povo desta terra, com o Estado de Direito, com a paz social e com a manutenção da hierarquia e disciplina dentro dos quartéis.

JURISPRUDÊNCIA

Competência originária do TJM

Perda do Posto e da Patente dos Oficiais

Indexação: Indignidade para o oficialato. Conselho de Justificação. Independência. Análise da conduta. **Ementa:** São independentes os processos de indignidade para o oficialato e de conselho de justificação. É indigno para com o oficialato e com ele incompatível o policial militar que pratica homicídio contra civil desarmado e imputa a responsabilidade a terceiro, já falecido. (Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade nº 26/08 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi – J. 6/5/2009)

Indexação: Indignidade para o oficialato. Realinhamento de conduta. **Ementa:** Comprovada dedicação à carreira, mediante dezessete anos de comportamento exemplar e frequência a cursos, resta demonstrado realinhamento de conduta e obediência a princípios hierárquicos, repelindo eventual declaração de indignidade para o oficialato. (Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade nº 25/07 – Rel. Juiz Paulo Prazak – J. 5/8/2009)

Indexação: Indignidade para o oficialato. Critério de determinação da prescrição. Análise da conduta. **Ementa:** No processo de Indignidade para o Oficialato, a prescrição é determinada pelo critério estabelecido no parágrafo único do art. 18 da Lei nº 5.836/72, aplicável por analogia. Decreta-se a perda do posto e patente de Oficial da Polícia Militar que, por vingança, depois do rompimento da relação com a amásia, pratica homicídio contra esta e a filha dela, utilizando-se de recurso que impediu a defesa de ambas. (Representação para Declaração de Indignidade/Incompatibilidade nº 24/06 – Rel. Juiz Paulo Prazak – J. 19/5/2010)

Conselho de Justificação

Ementa: POLICIAL MILITAR - Conselho de Justificação - Apuração na fase administrativa que julgou improcedente a representação formulada em desfavor do Oficial reconhecendo o cometimento das condutas de menor gravidade - Insuficiência de provas para suportar a responsabilização pelas condutas mais graves - Transgressões remanescentes devidamente comprovadas, mas insuficientes para a declaração de indignidade ou incompatibilidade com o Oficialato - Resíduo administrativo-disciplinar a ser apreciado pela Administração Militar. (Conselho de Justificação nº 216/11 - Rel. Juiz Clóvis Santinon – J. 8/2/2012)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Conselho de Justificação - Competência do Tribunal de Justiça Militar para decidir sobre a perda do posto e da patente de Oficial da Polícia Militar - Parte final do art. 125, § 4º, da Constituição Federal - Apuração na fase administrativa que julgou parcialmente procedente a representação formulada em desfavor do Oficial reconhecendo o cometimento das condutas de maior gravidade

- Antecedentes funcionais e decisão anterior do TJM decretando a perda do posto e da patente por fatos diversos destes autos - Incompatibilidade com o oficialato - Decretação da perda do posto e da patente - Decisão que deve ter sua execução suspensa com o devido registro pela Administração diante do precedente julgamento. (Conselho de Justificação nº 201/09 – Rel. Juiz Fernando Pereira – J. 21/7/2010)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Conselho de Justificação - Independência entre as instâncias penal e administrativa - Punição disciplinar que não deve ser de monta a implicar a perda do posto e patente - Histórico funcional favorável - Inexistência de afronta à honra pessoal, pundonor militar ou decoro da classe - Conduta justificada. (Conselho de Justificação nº 204/10 – Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi – J. 9/2/2011)

Indexação: Conselho de Justificação - Preliminar de incidência da prescrição rejeitada - Aplicabilidade do art. 18, § único da Lei nº 5836/72 - Independência das esferas penal e administrativa - Desnecessário o aguardo da conclusão do processo-crime - Disparo de arma de fogo - Laudo pericial - Lesão corporal, omissão de socorro, não comunicação da ocorrência à superior hierárquico - Condutas transgressórias de natureza grave - Conjunto probatório incisivo - Justificante indigno para o oficialato - Decretada a perda do posto e patente. **Ementa:** Inocorrência de prescrição, posto que concomitantemente com a infração administrativo-disciplinar, os fatos estão sendo alvo de apreciação na esfera penal, o que reverte a hipótese de aplicação do artigo 18, § único da Lei nº 5836/72. O conjunto probatório encontra-se suficiente a confirmar a situação fática narrada no Ofício de Convocação, coadunando-se à descrição do proceder infracional do Oficial com dispositivos do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar do Estado. Não há de se pretender ignorar as inescusáveis atitudes nefastas levadas a efeito pelo Justificante, que além de atentatórias à moral e aos bons costumes, maculam de forma evidente a própria honra, o pundonor militar, o decoro da classe, e revelam a sua completa inadequação para ocupar o cargo de Oficial da Polícia Militar. (Conselho de Justificação nº 185/07 - Rel. Juiz Paulo A. Casseb – J. 3/6/2009)

Perda da graduação das praças

Indexação: Perda de Graduação de Praça - Condição de procedibilidade - Trânsito em julgado de sentença judicial condenatória - Irrelevância do montante da pena - Análise da conduta ético-disciplinar - Folha funcional favorável - Representação improcedente. **Ementa:** Processo que não se presta a rediscutir prova existente nos autos da ação penal. Análise da conduta sob a ótica ético-disciplinar. Cometimento de ilícito penal representa um fato isolado na carreira do miliciano. Não demonstrada a incompatibilidade para o exercício da função policial militar. Graduação mantida. (Representação para Perda de Graduação nº 905/07 - Rel. Juiz Clóvis Santinon – J. 11/6/2008)

Indexação: Perda de Graduação de Praça - Preliminares - Prazo prescricional exaurido - Inaplicável a regra do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar -

Independência das instâncias - Inépcia da representação - Rejeitadas - Condição de procedibilidade - Trânsito em julgado de sentença penal condenatória - Lesão corporal - Avaliação de ordem ético-disciplinar - Circunstâncias judiciais favoráveis - Representação improcedente. **Ementa:** Inaplicável no âmbito criminal as regras de contagem do prazo prescricional previstas na seara administrativa. Inexiste inépcia da representação que descreve sucintamente os fatos que nortearam a condenação para a avaliação sob a ótica ético-disciplinar. Conquanto grave a prática delitativa, possível inferir a presença de condições favoráveis ao Representado, suficientes para sustentar sua permanência no serviço ativo da Corporação Militar. (Representação para Perda de Graduação nº 880/06 - Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho – J. 4/3/2009)

Ementa: REPRESENTAÇÃO PARA PERDA DE GRADUAÇÃO - Policial militar condenado por peculato-furto - Alegação defensiva sustentando que o representado já foi suficientemente punido e que milita a seu favor a possibilidade da interposição de revisão criminal e ação rescisória - Entendimento expressado pelo Supremo Tribunal Federal a respeito da parte final do art. 125, § 4º, da Constituição Federal - Competência do Tribunal de Justiça Militar para decidir sobre a perda de graduação em razão da condenação - Instauração de processo específico - Julgamento que se atém à apreciação do crime praticado permitir ou não a manutenção da graduação do representado - Indignidade e incompatibilidade plenamente reconhecidas - Representação julgada procedente. (Representação para Perda de Graduação nº 1060/11 – Rel. Juiz Fernando Pereira – J. 27/7/2011)

Indexação: Perda de Graduação de Praça - Pretensão defensiva de reexame de matéria de mérito do processo criminal - Não acolhimento - Pleiteada em nova petição a improcedência da representação ministerial - Impossibilidade - Conduta delitativa a afetar a ética, o pundonor militar e a honradez da classe - Perda decretada. **Ementa:** É vedado, nesta seara, o reexame de matéria atinente ao processo-crime, mas, sim, analisar o desvio de conduta do representado sob a ótica ético-disciplinar. Destarte, ao aceitar promessa de vantagem indevida e deixar de praticar dever de ofício, o policial militar afrontou os princípios basilares norteadores da profissão, não demonstrando com seu proceder princípios morais básicos para permanecer nas fileiras da Instituição Militar. (Representação para Perda de Graduação nº 802/06 – Rel. Juiz Paulo Prazak – J. 15/8/2007)

Ementa: Representação para Perda de Graduação de Praça. Policial militar da ativa. Preliminares arguindo errônea composição deste Tribunal e incompetência para o julgamento da Representação. Análise da conveniência da permanência do representado na Corporação. Fato delituoso isolado. Recuperação da conduta. Pena criminal cumprida que satisfaz anseios da sociedade e da Corporação. Rejeitadas as duas preliminares em que se arguiu insuficiência de quorum deste Tribunal - porque não formado o Pleno em razão da inadequação à norma contida no art. 94, da Constituição Federal - e incompetência desta Corte para o julgamento da Representação porque a condenação criminal originou-se na Justiça Comum, onde

não foi aplicada pena acessória de perda da função pública. Compete ao Tribunal de Justiça Militar Estadual julgar, sob o prisma ético-profissional, a perda da graduação da praça que, em conduta incompatível com o perfil profissional da Corporação, pratica algum delito. Policial militar que cometeu o delito de homicídio há quinze anos, tendo demonstrado, nesse período, desejável recuperação em sua conduta, prestando, desde então, relevantes serviços à sociedade e ao Estado. Fato grave, mas que restou isolado em sua vida profissional e social. Pena cumprida que já satisfaz os anseios repressivos. Representado mantido na Corporação. Improcedência da Representação. (Representação para Perda de Graduação nº 802/06 – Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior – J. 13/6/2007)

Revisão criminal

Ementa: POLICIAL MILITAR - Revisão *Criminal* - Produção de novas provas em sede de Justificação *Criminal* - Oitiva de testemunhas não ouvidas no feito de origem - Insuficiência - Solidez do conjunto probatório - Em sede revisional, o princípio do “in dubio pro societate” sobrepuja o princípio do “in dubio pro reo” - Ação improcedente. (Revisão Criminal nº 215/10– Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi – J. 6/4/2011).

Indeção: Revisão Criminal - Indeferimento de oitiva de testemunhas - Cerceamento de defesa - Não configuração - Mero inconformismo - Ausência dos pressupostos previstos no artigo 551 do CPPM - Pretensão de reexame de prova - Pleito revisional não conhecido. **Ementa:** Aventado cerceamento de defesa não caracterizado. Ação revisional que não se adapta a nenhuma das hipóteses previstas no artigo 551 do CPPM. Clara pretensão de reexame de prova. Não se conhece do pedido de *revisão* criminal que propõe, exclusivamente, a rediscussão de matéria já exaurida tanto em primeira instância como em grau de recurso. (Revisão Criminal nº 171/04 – Rel. Juiz Clóvis Santinon – J. 12/11/2008)

Ementa: Policial Militar - Revisão Criminal - Novas provas obtidas em sede de Justificação Criminal - Retratação de uma das vítimas - Insuficiência para abalar a higidez do conjunto probatório - Pretensão de rediscussão de matéria amplamente decidida em Primeira Instância e referendada pelo Tribunal - Ação revisional improvida. (Revisão Criminal nº 199/08 – Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho – J. 29/6/2011)

Rescisória

Ementa: AÇÃO RESCISÓRIA - Violação a literal dispositivo legal - Art. 485, V, do CPC - Inocorrência - Violação literal de disposição de lei deve ser flagrante, inequívoca - Indeferimento da petição inicial em razão de sua inépcia - Processo extinto sem resolução de mérito. (Ação rescisória nº 8/09- Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi - j. 16/2/2011)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Ação rescisória - Artigo 485, incisos VII e IX, do CPC - Alegação sustentando a obtenção de documento novo e erro de fato - Não reconhecimento da existência de documento ou mesmo de fato novo - Julgado fundado em erro de fato que não restou demonstrado - Pleito de reexame dos fatos que se revela incabível - Improcedência da ação. (Ação rescisória nº 24/11 - Rel. Juiz Fernando Pereira - j. 28/3/2012)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Ação rescisória proposta para desconstituição do trânsito em julgado de decisão judicial que não reintegrou o Autor às fileiras da Corporação - Improriedade da alegação de contrariedade ao art. 2º e ao inciso VI, da Lei federal nº 9.784/99, ao art. 48 da Lei Complementar estadual (nº 893/01 - RDPM), ao art. 42, § 2º da Lei federal nº 6.880/80 - Descabida a discussão acerca da razoabilidade e da proporcionalidade em ação rescindenda cujo pretexto é violação literal de lei - Inteligência dos arts. 22, inciso XXI, 25, § 1º, e 42, § 1º, todos da Constituição Federal - Inaplicabilidade do Estatuto dos Policiais Militares federais às polícias militares estaduais - Independência entre as esferas penal e administrativa - O inciso V, do art. 485, do CPC, exige real violação de lei e não mera contestação acerca de preferências interpretativas ou entre motivações - Improcedência da ação - Condenação do Autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios nos termos dos arts. 11, § 2º, 12 e 13, todos da Lei 1060/50 - Votação unânime. (Ação rescisória nº 19/10 - Rel. Juiz Paulo A. Casseb - j. 7/3/2012)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Ação Rescisória proposta para desconstituição do trânsito em julgado de decisão judicial que não reintegrou o Autor às fileiras da Corporação - Rejeitada a preliminar fazendária de falta de interesse de agir - Improriedade da alegação de contrariedade ao art. 206 das I-16-PM e ao Decreto nº 84.555/80 invocada pelo miliciano, em razão da legislação vigente à época da exclusão (art. 85, Decreto Estadual nº 13.657/43) - Alteração do ordenamento, impondo a necessidade de publicação do ato em diário oficial, ocorreu somente em 04.05.01, mediante o Boletim Geral nº 85 - Respeito ao princípio da publicidade - Improcedência da ação - Condenação do Autor ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios nos termos do art. 20, § 4º, do CPC e arts. 11, § 2º, 12 e 13, todos da Lei 1060/50 - Votação unânime. (Ação rescisória nº 14/10 - Rel. Juiz Paulo A. Casseb - j. 8/6/2011)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Ação rescisória - Art. 485, V do CPC - Preliminar - Decisão que reconhece a ocorrência de prescrição - Admissibilidade da Ação Rescisória - Inépcia da Inicial - Não reconhecida - Prejudicial de mérito - decadência - Retroação do “dies a quo” somente nas hipóteses de manifesta má-fé ou malícia da parte - Presunção de boa-fé - Ação tempestiva - Violação literal a disposição de lei - Inocorrência - Comentário na parte expositiva do Acórdão atacado sem reflexos em seu dispositivo - Decisão suficientemente fundamentada - Inteligência do artigo 485 do CPC - Violação literal de disposição legal não reconhecida - Negado provimento. (Ação rescisória nº 15/10 - Rel. Juiz Clóvis Santinon - j. 14/3/2012)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Ação rescisória - Nulidade do acórdão - Incompetência para apreciar apelação fundada em sentença exarada pela Justiça Comum - Competência material alterada pela EC 45/04 - Regra processual que se aplica de imediato - Inteligência do artigo 87 do CPC - Incompetência não reconhecida - Negado provimento. (Ação rescisória nº 12/10 - Rel. Juiz Clóvis Santinon - j. 14/3/2012)

Indexação: Ação rescisória instaurada contra decisão proferida em perda de graduação de praça. Alegada violação de literal dispositivo de lei. Improcedência.

Ementa: Pretendida rescisão de julgado proferido pela Justiça competente (artigo 125 §4º da CF), com rediscussão de matéria de mérito do processo, em nítido caráter recursal da qual não se reveste a via eleita. Provimento negado. (Ação rescisória nº 9/09 - Rel. Juiz Paulo Prazak - j. 26/11/2009)

Crime de homicídio doloso contra vida de civil

“POLICIAL MILITAR – Embargos Infringentes e de Nulidade – Interposição diante de decisão majoritária proferida em Recurso em Sentido Estrito – Apelo ministerial requerendo o envio dos autos do IPM à Justiça Comum nos termos do § 2º do art. 82 do CPPM – Votos vencedores que deram provimento ao recurso ministerial – Voto vencido que entendeu desnecessário o envio dos autos quando não reconhecida a prática de crime militar doloso contra a vida de civil – Embargos requerendo a prevalência do entendimento expressado no voto vencido – Exame efetuado pela Justiça Militar que reconheceu inexistir crime militar doloso cometido contra a vida de civil – Legislação que prevê o encaminhamento dos autos apenas quando do reconhecimento da existência de crime – Decisão proferida pela Justiça Militar no pleno exercício da sua competência – Controle exercido pelo Ministério Público sobre a atividade policial que não é afetado pela referida decisão – Reforma da decisão tomada pela maioria dos integrantes da 2ª Câmara – Recurso que comporta provimento.” (TJM – Pleno – Embargos Infringentes – Rel. Juiz Fernando Pereira – m.v. – J. 23/5/2012) . No mesmo sentido: Primeira Câmara –RSE nº 1018/12 – Rel. Juiz Fernando Pereira – un. – J. 15/5/2012 e Primeira Câmara – RSE nº 1021/12 – Rel. Juiz Fernando Pereira – un. – J. 15/5/2012.

“POLICIAL MILITAR – Conteúdo normativo da Resolução SSP 110, de 19.07.10 reconhecido – Observância da reserva de plenário nos termos do art. 97, da Constituição Federal – A Lei 9.299/96 e a EC nº 45/04 apenas deslocaram a competência para o Júri, para processar e julgar crimes militares dolosos contra a vida, com vítimas civis – Manutenção da natureza de crime militar (art. 9º, CPM) impõe a aplicação do § 4º, do art. 144, do CPM – Competência exclusiva da polícia judiciária militar para a condução da investigação – Inconstitucionalidade reconhecida da Resolução SSP 110, de 19.07.10 – Decisão unânime.” (TJMSP – Pleno – ADI nº 001/10 – Rel. Juiz Paulo Adib Casseb – J. 3/12/2010)

“POLICIAL MILITAR - *Habeas Corpus* - Prisão temporária decretada em decorrência de apuração de crime militar doloso contra a vida - Pedido de concessão da ordem mediante a alegação de tratar-se de crime comum de competência da Justiça Comum - Alegação da impossibilidade da prisão temporária ser decretada no âmbito da Justiça Militar - Argumento de descumprimento pela Polícia Militar do disposto na *Resolução SSP-110/10* - Inconstitucionalidade vislumbrada em relação a esse ato normativo - Artigo 97 da Constituição Federal - Inconstitucionalidade declarada incidentalmente pelo Pleno - Lei nº 9.299/99 e art. 125, § 4º, da CF - Competência deferida ao júri que não desnaturou a natureza desse crime militar - Art. 82, § 2º, do CPPM determina o encaminhamento dos autos do IPM à Justiça Comum - Competência da Justiça Militar para atuação na fase pré-processual -

Prisão temporária regularmente decretada - Ordem denegada.” (TJMSP – Primeira Câmara - *Habeas Corpus* nº 002234/10 – Rel. Juiz Fernando Pereira, J. 14/12/2010)

Indexação: Competência. Crime doloso contra a vida de civil. Prisão temporária.

Ementa: “Compete à Justiça Comum Estadual conhecer de Habeas Corpus no qual se discute prisão temporária por ela mantida, depois de encerrada a fase dos atos de polícia judiciária militar, se imputada a policial militar a prática, em serviço, de crime doloso contra a vida de civil.” (TJMSP – 2ª Câmara - *Habeas Corpus* nº 002115/09 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi - Unânime – J. 23/7/2009)

Indexação: Habeas Corpus - *Homicídio* doloso qualificado - Prisão temporária - Preliminar de ilegalidade do decreto prisional determinado pelo Juiz Corregedor Permanente desta Justiça Castrense - Rejeitada - Índícios suficientes de autoria - Imprescindibilidade para a conclusão do Inquérito Policial Militar - Fundamentação concreta - Constrangimento ilegal ou abuso de poder não evidenciado - Ordem denegada. **Ementa:** “Embora seja da Justiça Comum a competência para julgar os crimes dolosos contra a vida praticados por militar contra civil, inexistente ilegalidade no decreto de prisão provisória do Magistrado desta Especializada que visa garantir o bom êxito da conclusão do Inquérito Policial Militar. Demonstrada a imprescindibilidade da medida extrema, decretada com devida fundamentação, resta afastada a presença de aventado constrangimento ilegal ou abuso de poder.” (TJMSP - *HABEAS CORPUS* nº 002029/08 - 2ª Câmara – Rel. Juiz Paulo Prazak – Unânime – J. 4/9/2008)

Indexação: Apelação Criminal - Insuficiência na restauração dos autos - Inocorrência - Competência da Justiça Militar - Lei nº 9299/96 - Norma somente aplicável a fatos futuros - *Homicídio* - Afastamento da qualificadora do motivo fútil - Dolo eventual - Caracterização. **Ementa:** “Restauração dos autos realizada conforme determinado pelos artigos 481 a 488 do CPPM, com pleno exercício da ampla defesa e do contraditório, sem qualquer prejuízo ao exercício defensivo. Além da perpetração do crime, também a realização dos atos processuais em tempo anterior à vigência da Lei nº 9299/96, garantem o respeito ao princípio do juiz natural, refutando a alegada incompetência desta Justiça Castrense. Concreta a existência de antecedente psicológico a impulsionar a ação proporcional do policial militar, afastando a qualificadora do motivo fútil.” (TJMSP – 2ª Câmara – Apelação nº 005002/01 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior - Maioria - J. 6/5/2004)

Indexação: Apelação - Policial militar - Crime militar - Lei nº 9.299/95 - Justiça Militar - Competência para julgamento - Crimes de dano e *homicídio* qualificado. **Ementa:** “Homicídio praticado por policial militar, cumprindo escala de serviço, contra vítima, seu par, é crime militar por força de lei. Se a Sentença de Primeiro Grau é lida e publicada antes da Lei nº 9.299/95, deve o recurso permanecer no âmbito da Justiça Militar. Policial militar que joga a viatura em uma ribanceira com pessoa dentro, atira na vítima e coloca fogo nesta e naquela comete os delitos de

dano e de homicídio qualificado, pela intensidade do dolo, frieza, premeditação e indiferença com a vida” (TJMSP - Apelação nº 004739/99 - 1ª Câmara – Rel. Juiz Ubirajara Almeida Gaspar – Unânime – J. 23/4/2002)

Crime entre militares – art. 9º, inciso II, alínea “a”, do CPM Competência da Justiça Militar

Ementa: “POLICIAL MILITAR - DIREITO PENAL MILITAR - **HOMICÍDIO** QUALIFICADO. Artigo 205, § 2º, inciso I, do Código Penal Militar. Delito configurado. Apelo não provido. Policial militar que, em horário de folga e civilmente trajado, por motivo fútil, dispara tiro contra a cabeça de outro policial militar, que com ele estava na mesa de um bar, também em horário de folga - Vítima civil que presenciou os fatos e confirmou a desproporção entre o crime e sua causa moral.” (TJMSP – Apelação nº 006297/11 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior - Maioria de votos – J. 28/7/2011)

Indexação: **Ameaça** - Configuração - Policial Militar que ao receber determinação de superior, vociferou contra a ordem emanada, referiu-se à vítima com palavras de baixo calão, e apontou a arma para suas costas, afirmando que poderia atirar - Inteligência do artigo 223, § único do CPM. **Ementa:** “Não se vislumbra a ausência de dolo no tocante as **ameaças** proferidas, tendo a policial militar apelante utilizado arma de fogo e demonstrado a intenção de atirar, causando temor nos colegas de farda e na vítima. No crime de **ameaça**, o objeto tutelado pela norma é a tranquilidade, a paz de espírito, sendo irrelevante se o autor irá cumpri-la ou não, bastando que cause temor ao ofendido.” (TJMSP – 2ª Câmara - Apelação nº 005260/03 - Rel. Juiz Paulo Prazak - Unânime – J. 3/3/2005)

Indexação: **Calúnia**. Caracterização. **Ementa:** “Incorre em **calúnia** o policial militar que envia carta anônima à Corregedoria da Instituição imputando a outros policiais militares o cometimento de crimes, os quais, após a devida apuração, verificam-se não haverem ocorrido.” (TJMSP – 2ª Câmara - Apelação nº 005926/08 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior - Unânime – J. 22/7/2010)

Indexação: Apelação Criminal - **Estelionato** - Delito inculpado no art. 251 caput do CPM - Configuração - Subtração de folhas de cheque do talonário de colega de alojamento - Confirmação de preenchimento e falsificação de assinatura por meio de Exame Grafotécnico - Dolo implícito no proceder do policial militar - Negado provimento ao apelo. **Ementa:** “Policial Militar agindo arditosamente abusa da justificada confiança de colega de alojamento, subtraindo deste cópias do talonário de cheque, com o fito de auferir vantagem indevida. Provas carreadas aos autos denotam o emprego de meio fraudulento e efetivo dano patrimonial à vítima. Constatada a presença de tais elementos, configura-se concretamente o crime de **estelionato**.” (TJMSP – 1ª Câmara - Apelação nº 005480/05 - Rel. Juiz Paulo Prazak – Unânime – J. 18/12/2007)

Indexação: Apelação Criminal. Nulidade. Incompetência do Juízo. Improcedência. Ilícito praticado em quartel contra colega de Corporação. Atipicidade de conduta pelo arrependimento. *Estelionato* consumado. Inaplicabilidade da Súmula 554 do STF. Condenação mantida. **Ementa:** “Competência da Justiça Militar para processamento e julgamento de furto praticado por militar, em quartel, contra colega de Corporação, como meio ao *estelionato*. A subtração de cártula do interior da bolsa da colega policial e o posterior uso para obtenção de bens configura *estelionato*, tipificado no artigo 251, “caput”, do CPM, sendo a condenação de rigor.” (TJMSP – 2ª Câmara - Apelação nº 006047/09 - Rel. Juiz Paulo Prazak - Unânime – J. 28/7/2011)

Indexação: Apelação Criminal. Alegada atipicidade de conduta. *Injúria*. Expressões chulas dirigidas a policiais militares em serviço. Dolo caracterizado. Apelo improvido. **Ementa:** “Réu em atitude suspeita, contrariado pela submissão à abordagem policial, não se identifica como Sargento PM e dirige expressões chulas aos colegas de farda que decidiram encaminhá-lo ao Distrito Policial, para esclarecimentos. Dolo de ofender caracterizado, sendo tipificado o crime de *injúria*. Condenação mantida.” (TJMSP – Apelação nº 006383/11 - Rel. Juiz Paulo Prazak - Unânime – J. 5/10/2011)

Capitulação do delito – mudança – art. 437, alínea “a”, do CPPM – Fatos articulados na denúncia

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Apelação - *Injúria* - Preliminar de mudança da capitulação jurídica do fato - Rejeitada - Nova definição jurídica do fato em plenário - Inadmissibilidade - Alegações escritas - Inteligência do art. 437, alínea “a”, do CPPM - Ausência do “animus injuriandi” - Delito não caracterizado - Recurso improvido.” (TJMSP – 2ª Câmara - Apelação nº 006135/10 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi - Unânime – J. 3/2/2011)

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Apelação - Pleiteada absolvição com fulcro no art. 439, alínea “a”, primeira parte, do CPPM - Admissibilidade - Dupla *capitulação* jurídica em relação ao mesmo fato - Reconhecimento da prova da inexistência do fato quanto a um delito deve estender-se ao outro - Apelo provido.” (TJMSP – 2ª Câmara - Apelação nº 005954/09 – Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi – Unânime 28/10/2010)

Ementa: “Apelação Criminal - Peculato furto - *Desclassificação* requerida pela autoridade ministerial para o artigo 240, § 1º do CPM - Furto atenuado - Legalidade - Observância ao disposto no artigo 437, alínea “a” do CPPM - Substituição da pena de reclusão pela de detenção - Sentença condenatória de Primeiro Grau benéfica ao apelante - Autoria e materialidade do delito incontroversas - Apelo não provido.” (TJMSP – 1ª Câmara - Apelação nº 005845/08 - Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho – Unânime – J. 22/3/2011)

Indexação: Apelação - Inserção de declaração falsa por Policial Militar em Boletim de Ocorrência verdadeiro, previamente elaborado - *Desclassificação* de falsificação de documento (artigo 311 do CPM) para falsidade ideológica (artigo 312 do CPM).

Ementa: “Policial Militar insere declaração falsa em Boletim de Ocorrência verdadeiro, previamente elaborado. Independentemente de proceder o agente em cumprimento à ordem hierárquica superior ou do falso caracterizar-se como grosseiro, comete o crime de falsidade ideológica (artigo 312 do CPM). Apelo defensivo improvido. Decretada a desclassificação pleiteada pela D. Procuradoria de Justiça.” (TJMSP – 2ª Câmara - Apelação nº 004827/00 – Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior - Unânime – J. 20/11/2003)

Ementa: “Desclassificação no Julgamento. Artigo 437, alínea “a”, do Código de Processo Penal Militar. Homicídio doloso para culposo. Solução mais favorável.” (Apelação Criminal nº 3.848/89 - Rel. Juiz Ubirajara Almeida Gaspar, J. 18/12/1990 - DJ 13/2/1991).

Ementa: “A defesa do policial militar acusado não deve ser exercida apenas em razão do dispositivo legal, e sim dos fatos, que foram claramente descritos na *denúncia*, possibilitando o exercício da ampla defesa.” (TJM - 1ª Câm. – Ap. Crim. nº 5266/03 – Rel. Juiz Ubirajara Almeida Gaspar)

Ementa: “Inexistência de nulidade na alteração da capitulação legal da peça exordial, pois o réu defende-se dos fatos que lhe são imputados.” (2ª Câm. – Ap. Crim. nº 5356/04 – Rel. Juiz Clóvis Santinon).

Princípio da insignificância

Indexação: Apelação Criminal - Lesão Corporal - Inexpressividade dos ferimentos - Lesões de natureza levíssima - Princípio da insignificância - Desclassificação para infração disciplinar - Aplicabilidade do § 6º do art. 209 do CPM - Negado provimento ao apelo ministerial - Absolvição mantida. **Ementa:** “Embora reconhecida a materialidade e autoria da infração, a análise valorativa do contexto probatório inviabiliza um seguro juízo de reprovação. Constatada por meio de Laudo Pericial a natureza levíssima das lesões sustentadas pela vítima, resta caracterizada a presença de ínfima ofensa ao bem jurídico tutelado. Neste ponto, imperiosa a manutenção da decisão do juízo de origem.” (TJMSP – 2ª Câmara – Apelação nº 005515/06 - Rel. Juiz Paulo Prazak - Unânime – J. 29/1/2009)

Indexação: Apelação Criminal - Lesão corporal leve - Desclassificação de ilícito penal para infração disciplinar - Inteligência do artigo 209, § 6º do CPM - Aplicação do princípio da insignificância - Pleiteada absolvição pela inexistência do fato - Inocorrência - Materialidade comprovada através de laudo de exame de corpo de delito - Recurso não provido. **Ementa:** “Sentença que entendeu não constituir o fato infração penal, absolve o acusado de crime na esfera penal e transporta para a instância administrativa o exame sobre a imposição ou não de sanção, a ser analisada à luz do Regulamento Disciplinar da Polícia Militar, com supedâneo na independência entre as esferas penal e administrativa.” (TJMSP – 1ª Câmara - Apelação nº 005517/06 - Rel. Juiz Fernando Pereira - Unânime – J. 31/10/2006)

Ementa: “Policial Militar - Apelação Criminal - Ofensa ao artigo 290 do CPM - Inaplicabilidade da Lei 11.343/06 no âmbito desta Justiça Especializada - Guarda de substância entorpecente - Substância encontrada durante ocorrência policial em que seu possuidor se evadiu - Alegação de futura aplicação em instrução militar - Fato não levado a conhecimento de seus superiores - Prática descrita na peça vestibular acusatória admitida pelo apelante - Inaplicabilidade do princípio da insignificância - Delito configurado - Decisão mantida.” (TJMSP – 1ª Câmara - Apelação nº 006072/09 - Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho - Unânime – J. 16/8/2011)

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Sentença condenatória - Denúncia imputou ao réu a prática do crime de tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar (art. 290, CPM) - Inaplicabilidade do princípio da insignificância na seara militar - Precedente do e. Supremo Tribunal Federal - Recurso improvido - Votação unânime.” (TJMSP – 1ª Câmara - Apelação nº 006187/10 - Rel. Juiz Paulo A. Casseb - Unânime – J. 13/3/2012)

Indexação: Falsidade ideológica. Caracterização. Princípio da insignificância. Aplicação. **Ementa:** “Incide no crime de falsidade ideológica o policial militar que faz inserir declaração falsa em documento público, para que fosse atestada a frequência de dois policiais que jamais se apresentaram ao serviço. É vedado aplicar o princípio da insignificância a conduta tipificada como atentatória à administração militar e à fé pública.” (TJMSP – Câmara Conjunta - Embargos Infringentes e de Nulidade nº 000052/09 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi - Maioria – J. 23/9/2009)

Crimes de trânsito

Indexação: Recurso Inominado - Acidente de Trânsito - Lesões Corporais provocadas por militares em militares, conduzindo veículo militar em serviço - Crime “inter milites” - Competência da Justiça Militar Estadual - Inteligência do artigo 124 da Constituição Federal c/c artigo 9º, inciso II, alínea “a” do CPM. **Ementa:** “Inexiste conflito entre o Código de Trânsito e o Código Penal Militar - ambas as legislações especializadas - eis que tutelam bens jurídicos próprios e distintos. Apesar de promulgado anteriormente às normas de trânsito, o Código Penal Militar não foi revogado ou derogado, encontrando-se em plena vigência.” (TJMSP – 1ª Câmara - Recurso Inominado nº 000038/04 - Rel. Juiz Ubirajara Almeida Gaspar - Unânime – J. 15/6/2004)

Indexação: Recurso Inominado - Acidente de Trânsito - Prática culposa de lesões corporais por policial militar em atividade, na condução de viatura militar, em outro militar também em atividade - Competência da Justiça Militar Estadual - Inteligência do artigo 9º, inciso II, alínea “a” c/c artigo 210, ambos do CPM. **Ementa:** “Incabível a alegação de *competência* da Justiça Comum para julgamento do caso em questão, sob argumentação de que o Código de Trânsito Brasileiro é lei mais específica e mais rigorosa. Inexiste conflito aparente entre o Código de Trânsito e o Código Penal Militar,

ambas às legislações especializadas, eis que tutelam bens jurídicos distintos. Apesar de promulgado anteriormente às normas de trânsito, o Código Penal Militar foi recepcionado pela Constituição Federal, encontrando-se em plena vigência na tutela das instituições militares.” (TJMSP – 2ª Câmara - Recurso Inominado nº 000039/04 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior - Unânime – J. 24/6/2004)

Apelar em Liberdade

Ementa: “Policiais Militares - *Habeas Corpus* - Sentença condenatória - Pleiteada a concessão do direito de *apelar em liberdade* - Negado seguimento ao “writ of mandamus” - Inconformismo defensivo - Interposição de agravo regimental - Segregação cautelar mantida durante o curso de toda persecução penal - Higiene do decreto prisional - Vedação ao “status libertatis” devidamente motivada - Alegada ulterior decisão concessiva nos mesmos moldes por esta Corte - Insubstância - Gravidade dos fatos - Artigo 290 do CPM (tráfico, posse ou uso de entorpecente ou substância de efeito similar) - Agravo a que se nega provimento.” (TJMSP – 1ª Câmara - Agravo Regimental nº 000206/12 – Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho - Unânime – J. 13/3/2012)

Indexação: Habeas Corpus - Prisão preventiva - Paciente preso durante toda a instrução processual - Sentença penal condenatória - Negado o direito de *apelar em liberdade* - Constrangimento ilegal - Não caracterização - Periculosidade dos agentes - Decisão fundamentada na existência dos motivos que ensejaram a custódia preventiva - Necessidade de sua manutenção - Ordem denegada. **Ementa:** “Preexistindo os motivos que ensejaram a constrição carcerária e sobrevivendo sentença condenatória, impossível aventar a presença de constrangimento ilegal, face a negativa, fundamentada, do juízo processante em conceder o direito de apelar em liberdade. Elementos reais e concretos constantes nos autos permitem concluir pela periculosidade dos agentes e demonstrar a indispensabilidade, para o processo, de aguardarem o julgamento do recurso recolhidos à prisão.” (TJMSP – 2ª Câmara - *Habeas Corpus* nº 002038/08 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior - Unânime – J. 08/10/2008)

Indexação: Direito de *apelar em liberdade* - Réu que não possui bons antecedentes - Indeferimento da pretensão que não afronta o “Princípio da Presunção de Inocência” - Análise do disposto no artigo 527 do Código de Processo Penal Militar face ao artigo 5º, LVII da Constituição Federal e Súmula 9 do STJ. **Ementa:** “Não se constitui o “apelo em liberdade” em direito líquido e certo do condenado por sentença sem trânsito em julgado, mas sim da faculdade de que dispõe o julgador em autorizá-lo, desde que reconheça, fundamentadamente, na sentença, as circunstâncias de primariedade e bons antecedentes do réu. Dispositivo constitucional que não revogou o artigo 527 do CPPM, pois a prisão para recorrer, de índole processual e assentada em sentença condenatória, não fere o princípio da presunção de inocência.” (TJMSP – 2ª Câmara - *Habeas Corpus* nº 1758/04 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior - Unânime – J. 3/6/2004)

Indexação: Direito de apelar em liberdade - Benefício assegurado ao policial militar condenado ao regime prisional aberto - Cumprimento de prisão preventiva durante a instrução criminal - Irrelevância - Incompatibilidade da manutenção da prisão cautelar do sentenciado com o regime prisional adotado. **Ementa:** “Descabimento da manutenção da custódia para aguardo da decisão em grau recursal, vez que o regime aberto imposto na sentença condenatória revela a inexistência de elementos justificadores da cautelar.” (TJMSP – 1ª Câmara - *Habeas Corpus* nº 001897/06 - Rel. Juiz Paulo Prazak - Unânime - J. 6/6/2006)

Indexação: Mandado de Segurança - Interposição pelo Ministério Público visando alcançar efeito suspensivo contra decisão que conferiu aos acusados o direito de *apelar em liberdade* - Benefício que deve ser concedido aos réus que responderam a todo o processo livres - Segurança denegada. **Ementa:** “Réus que aguardaram todo o julgamento de primeira instância *em liberdade*, sem qualquer iniciativa ministerial em sentido contrário, não podem ter sua *liberdade* individual surrupiada, com a decretação de suas prisões preventivas antes do trânsito em julgado da condenação.” (TJMSP – 1ª Câmara - Mandado de Segurança nº 000328/03 - Rel. Juiz Ubirajara Almeida Gaspar - Unânime - J. 11/5/2004)

Revelia

Indexação: Correição Parcial - Ausência do acusado e defensora constituída em ato processual - Decretada a *revelia* - Aplicabilidade do art. 412 do CPPM - Decisão fundamentada - *Error in procedendo* - Não configuração - Inexistência de inversão tumultuária no seguimento processual - Recurso conhecido e indeferido. **Ementa:** “Decretação da *revelia* do acusado devidamente fundamentada. Inexistência de erro ou omissão inescusável, tampouco abuso que importem em inversão tumultuária do processo. Não se vislumbrando a prática de ato judicial capaz de alterar o rito procedimental estabelecido, indefere-se o pedido correcional.” (TJMSP – 1ª Câmara – Correição Parcial nº 0163/08 - Rel. Juiz Clóvis Santinon – J. 23/9/2008)

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Apelação Criminal - Condenação em Primeira Instância pela prática do crime de corrupção passiva - Apelo arguindo preliminar de nulidade pelo indeferimento do pedido de adiamento do julgamento em primeiro grau e pleiteando a absolvição pela inexistência do crime e - Pedido alternativo requerendo a diminuição da pena - Preliminar rejeitada - Decretada a *revelia* do réu diante da sua ausência na sessão de julgamento - Comparecimento do defensor constituído que exerceu na sua plenitude a defesa do réu - Decisão de primeiro grau que acertadamente reconheceu o cometimento de crime continuado - Conjunto probatório comprovando a conduta criminoso do apelante - Aplicação do art. 79 do CPM que tornaria flagrantemente desproporcional a imposição da pena - Emprego de forma excepcional do disposto no art. 71 do Código Penal - Recurso de apelação que não comporta provimento.” (TJMSP – 1ª Câmara – Apelação Criminal 6388/11 – Rel. Juiz Fernando Pereira – J. 4/1/2011).

Falsificação grosseira

Indexação: Apelação Criminal - Falsidade de documento - Comprovadas a autoria e materialidade do delito - Reconhecida a imprestabilidade do objeto para o fim desejado - Presença na falsificação do conceito de falso grosseiro - Absolvição mantida. **Ementa:** “Policial Militar falsifica atestados médicos com o intuito de favorecer sua esposa, o faz de modo grosseiro a não incutir o mínimo sentido de veracidade na documentação mesmo em pessoa leiga. Inexistindo a potencialidade do dano, é de rigor sua absolvição na esfera penal. Não obstante, decretada sua demissão dos quadros da Corporação no âmbito administrativo. Independência das esferas penal e administrativa.” (TJMSP - Apelação nº 4684/99 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior - Unânime – J. 8/2/2007)

Indexação: Falsidade de documento. Erro grosseiro. Incapacidade para iludir. Atipicidade. Uso. Crime impossível. Absolvição decretada pelo fato não constituir infração penal. **Ementa:** “Sendo improcedente a ação penal no que tange à falsidade de documento, à vista de erro grosseiro e incapacidade de iludir, o uso deste mesmo documento perfaz conduta atípica, impondo-se a absolvição pelo fato não constituir infração penal.” (TJMSP – 2ª Câmara – Apelação nº 5720/07 - Rel. Juiz Paulo Prazak - Maioria - J. 30/9/2010)

Aditamento da denúncia

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Recurso em Sentido Estrito - Aditamento da denúncia apresentado no dia do julgamento alterando a capitulação do crime imputado ao réu - Rejeição do aditamento mediante o entendimento da ocorrência de preclusão - Discussões doutrinárias sobre o disposto na alínea “a” do art. 437 do CPPM - Aditamento da denúncia que deve ser recebido com o consequente oferecimento de oportunidade para a Defesa requerer o que for de seu direito - Recurso ministerial que comporta provimento.” (TJMSP – 1ª Câmara - Recurso em Sentido Estrito nº 1011/11 - Rel. Juiz Fernando Pereira - Unânime – J. 23/8/2011)

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Correição Parcial - Processual Penal - Impugnação de recebimento de *aditamento da denúncia* - Legalidade - Fatos novos trazidos por meio de inquirição de vítima - Inexistência de “error in procedendo” - Correição Parcial rejeitada.” (TJMSP - 2ª Câmara - Correição Parcial nº 181/11 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi - Maioria - J. 15/9/2011)

Indexação: “Apelação Criminal. Arguição de nulidade pelo aditamento da denúncia. Prejuízo não demonstrado. Rejeição. Corrupção. Pretendida absolvição pela atipicidade da conduta. Liberação de condutor de motocicleta não habilitado. Ausência de providência legal. Percebimento de vantagem indevida. Crime caracterizado.” **Ementa:** “A mera readequação da capitulação legal do crime não configura nulidade, mormente quando inexiste demonstração do prejuízo. Policial

Militar fiscaliza condutor de motocicleta não habilitado, deixa de autuá-lo e o libera mediante recebimento de propina. Obtenção de vantagem indevida em razão da função militar que exerce, o que caracteriza a corrupção.” (TJMSP - 2ª Câmara - Apelação nº 5741/07 - Rel. Juiz Paulo Prazak - Unânime - J. 7/10/2010)

Indexação: “*Habeas Corpus* - Aditamento da denúncia - Possibilidade - Prisão em Flagrante revestida de todas as formalidades legais - Pressupostos da cautela atendidos - Liberdade Provisória negada - Constrangimento ilegal inexistente - Denegada a ordem. **Ementa:** “Ausência de ilegalidade no oferecimento de aditamento de denúncia pelo *Parquet*, desde que antes da prolação da sentença. Justificada a manutenção da prisão cautelar, ante a gravidade do delito cometido, a periculosidade do acusado e a preservação dos princípios de hierarquia e disciplina militares.” (TJMSP - 1ª Câmara - *Habeas Corpus* nº 1.882/06 - Rel. Juiz Fernando Pereira - Unânime - 4/4/2006)

Suspensão Condicional da Pena

Ementa: “*HABEAS CORPUS*” - Policial Militar - Alegação de constrangimento ilegal ante a realização de audiência admonitória de “*sursis*” antes do trânsito em julgado - Legitimidade passiva e competência - Compete ao Pleno do TJMSP processar e julgar “*habeas corpus*” contra atos do Presidente do Tribunal - Art. 9º, § 1º, I, b, do RITJMSP.” (TJMSP – 2ª Câmara - *Habeas Corpus* nº 2251/11 - Juiz Orlando Eduardo Geraldi - Maioria - J. 7/4/2011)

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Apelação - Lesão corporal - Preliminar de coisa julgada - Rejeitada - Competência absoluta da Justiça Militar para processar e julgar crimes militares - Inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 aos crimes militares - Materialidade e autoria comprovadas - Redução da pena - Afastadas circunstância judicial de insensibilidade do réu e circunstância agravante do abuso de poder - Redução do período de prova do “*sursis*” - Recurso parcialmente provido.” (TJMSP – 2ª Câmara - Apelação nº 5896/08 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi - Maioria - 19/5/2011)

Indexação: *Sursis* - Revogação - Punição disciplinar publicada em data posterior à audiência admonitória - Inteligência do artigo 86, inciso III do Código Penal Militar. **Ementa:** “Correta a revogação do benefício pois, ainda que os fatos ensejadores da punição tenham ocorrido em data anterior à da concessão do “*sursis*”, foi o competente ato administrativo punitivo publicado no decorrer do período de prova, posteriormente à audiência admonitória.” (TJMSP – 2ª Câmara - Agravo de Execução Penal nº 299/05 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior - Maioria – J. 30/6/2005)

Indexação: Lesão culposa. Caracterização. Dosimetria da pena. “*Sursis*”. Condição especial. Medida de segurança. **Ementa:** “Incide em lesão culposa o policial militar que conduz viatura em velocidade excessiva, em pista molhada, e, ao colidir com veículo parado em semáforo, ofende a integridade corporal de civis. Justifica-se o estabelecimento da pena-base acima do mínimo legal se considerável a extensão do dano

proveniente da conduta. Afastam-se a condição especial de frequentar curso de direção defensiva para cumprimento de “*sursis*” e a medida de segurança de cassação de licença para dirigir pelo período de um ano, impostas ao policial militar que se envolveu em acidente de trânsito, se há relato de ser ele excelente motorista e o fato houver ocorrido durante ataques perpetrados pelo crime organizado e rebeliões em presídios.” (TJMSP - Apelação nº 5877/08 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi - Unânime – J. 25/3/2010)

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Apelo recíproco - Desacato a superior - Não caracterização - Ausência de dolo específico - Inexistência de ofensa à objetividade jurídica - Ameaça - Configuração - Saque de arma de fogo municada - Presença dos elementos normativos do tipo - “*Sursis*” - Afastamento de condição especial imposta - Recurso do Ministério Público improvido - Recurso da Defesa parcialmente provido.” (TJMSP – 2ª Câmara - Apelação nº 5986/09 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi - Unânime – J. 21/10/2010)

Crime Continuado

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Apelação Criminal - Condenação em Primeira Instância pela prática do *crime* de corrupção passiva - Apelo arguindo preliminar de nulidade pelo indeferimento do pedido de adiamento do julgamento em primeiro grau e pleiteando a absolvição pela inexistência do *crime* e - Pedido alternativo requerendo a diminuição da pena - Preliminar rejeitada - Decretada a revelia do réu diante da sua ausência na sessão de julgamento - Comparecimento do defensor constituído que exerceu na sua plenitude a defesa do réu - Decisão de primeiro grau que acertadamente reconheceu o cometimento de crime continuado - Conjunto probatório comprovando a conduta criminoso do apelante - Aplicação do art. 79 do CPM que tornaria flagrantemente desproporcional a imposição da pena - Emprego de forma excepcional do disposto no art. 71 do Código Penal - Recurso de apelação que não comporta provimento.” (TJMSP – 1ª Câmara - Apelação nº 6388/11 - Rel. Juiz Fernando Pereira - Maioria – J. 4/10/2011)

TJMSP: Policial Militar - Apelação Criminal - Soldado 2ª Classe matriculado em módulo especializado de Curso de Formação de Soldados - Precedente desligamento da Corporação - Alegada a incompetência desta Justiça Castrense para processar e julgar - Improcedência - Matéria já decidida em sede de Recurso Inominado - Furto simples (por duas vezes) - **Crime continuado** - Confissão do acusado na fase inquisitorial - Fato não admitido em Juízo - Dolo específico caracterizado - Autoria e materialidade delitiva incontroversas - Decisão mantida - Recurso improvido.” (TJMSP – Primeira Câmara - Apelação Criminal 6031/09 – Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho – v.u. – J. 4/10/2011)

Indexação: Unificação de Penas - Peculato - Reiteração dos atos por cerca de 6 meses - Crime Continuado caracterizado - Inaplicabilidade da redução facultativa de pena prevista no artigo 81, parágrafo primeiro do CPM - Inteligência do

artigo 71 do Código Penal. **Ementa:** “Reconhecida a continuidade delitiva nas ações desenvolvidas pelo policial militar, aplicáveis as regras atinentes ao crime continuado com a unificação das penas nos termos do artigo 71 do Código Penal, visando alcançar punição compatível com o senso de distribuição de justiça. A pena excessivamente longa não atinge sua finalidade de recuperação do infrator.” (TJMSP – 2ª Câmara - Apelação nº 5240/03 - Rel. Juiz Lourival Costa Ramos - Unânime - J. 25/8/2005)

Dosimetria da Pena

Indexação: Embargos de Declaração. Omissão caracterizada. Provimento. Dosimetria da pena. **Ementa:** “Dá-se provimento aos embargos de declaração opostos em face de acórdão omisso, a fim de explicitar os motivos que nortearam a *dosimetria da pena* nele imposta.” (TJMSP – 2ª Câmara – Embargos de Declaração nº 160/10 – Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi - Unânime - J. 20/5/2010)

Ementa: “Estelionato - Configuração - Policial militar que através de artifício fraudulento, consistente em empréstimo pecuniário fictício, induz a vítima a erro visando a obtenção de vantagem ilícita - Dolo implícito na conduta do agente - Dosimetria da Pena - Circunstâncias judiciais desfavoráveis - Majoração da reprimenda fundada na personalidade deformada e nos maus antecedentes do miliciano - Inteligência do artigo 69 do Código Penal Militar.” (TJMSP – 2ª Câmara - Apelação nº 5202/03 – Rel. Juiz Clóvis Santinon - Unânime – J. 24/8/2006)

Indexação: Desacato a militar. Caracterização. Dosimetria da pena. Circunstâncias judiciais. **Ementa:** “Incorre em desacato a militar o policial militar que dirige palavras de baixo calão a miliciano em serviço, com a intenção de deprimir-lhe a autoridade, na presença de militares e civis. Pode o juiz majorar a pena acima do mínimo legal com base nas circunstâncias judiciais de intensidade do dolo, meios empregados e maior extensão do dano.” (TJMSP – 2ª Câmara - Apelação nº 5686/07 - Rel. Juiz Paulo Prazak - Unânime – J. 8/4/2010)

Pena Máxima

“POLICIAL MILITAR – Sentença Condenatória – Apelo defensivo pugnando absolvição nos termos do art. 439, do Código de Processo Penal Militar ou redução da pena imposta – Denúncia imputou ao réu a prática do crime de deserção (art. 187 CPM) – Existência de punições anteriores por faltar ao trabalho sem comunicar os seus superiores – A deserção é crime formal, cuja tipificação visa à preservação do princípio constitucional da disciplina militar – Comprovados o desleixo e a desídia do miliciano, o qual não estava impossibilitado de regularizar sua situação funcional - Improcedência das alegações defensivas e do pleito ministerial em relação à redução da reprimenda – Descaracterização de questão meramente

administrativa, vez que a ausência do serviço sem licença e sem autorização, bem como a reincidência dessa conduta grave, evidenciaram a consumação do tipo penal da deserção e justificaram a pena aplicada - Improvimento do recurso – Decisão unânime.” (TJMSP – Primeira Câmara - Apelação nº 5.777/07 – Rel. Juiz Paulo Adib Casseb – v. u. - J. 23/11/2010)

“POLICIAL MILITAR – Sentença Condenatória – Apelo defensivo pugnando pela absolvição com fulcro no art. 439, alínea “b” em relação à prática do crime de abandono de posto (art. 195 do CPM) ou, alternativamente, redução da pena aplicada e reconhecimento da prescrição punitiva – Conjunto probatório suficiente a ensejar a condenação no delito imputado – Existência de condições para a exacerbação da pena mínima – Sentença *a quo* devidamente fundamentada – Manutenção da condenação em Primeiro Grau - Decisão unânime.” (TJMSP - Primeira Câmara – Apelação Criminal nº 6099/09 – Rel. Juiz Paulo Adib Casseb – v. u. - J. 11/3/2011)

Pena Mínima

“POLICIAL MILITAR – Apelação Criminal – Condenação em Primeira Instância pela prática do crime de concussão – Apelo arguindo preliminares de nulidade e erro na definição jurídica do tipo penal – Questionamentos sobre a ordem de votação no Conselho de Justiça, competência da Justiça Militar para processar e julgar policial militar exonerado no curso do processo e existência de cerceamento de defesa pelo indeferimento de pedido de reinterrogatório – Pedido alternativo sustentando a aplicação da pena no mínimo legal – Preliminares rejeitadas – Votação no Conselho de Justiça que deve ser iniciada pelo Juiz Direito, ainda que tenha passado a exercer a presidência do colegiado a partir da EC 45/04 – Competência do órgão julgador definida no momento do crime, que não é alterada diante da modificação na situação funcional do réu – Faculdade do Juiz para acolher ou não, diante das circunstâncias apresentadas, o pedido para reinterrogatório do réu – Conjunto probatório sólido e que não deixa margens à dúvidas sobre a configuração do crime de concussão – Pedido alternativo que merece acolhimento – Condenação sem trânsito em julgado não pode ser considerada no exame dos antecedentes do réu diante do princípio da presunção de inocência – Pena reduzida para seu patamar mínimo – Recurso parcialmente” (TJMSP – Primeira Câmara – Apelação Criminal nº 5.758/07 – Rel. Juiz Fernando Pereira - v.u. - J. 27/7/2010)

“POLICIAL MILITAR - Peculato-furto - Apelação defensiva - Tentativa de subtração de bem doado para vítimas de enchente - Bem que se encontrava sob a guarda da Polícia Militar para futura entrega às vítimas - Discussão inócua sobre a natureza do objeto, uma vez que o bem tutelado é a moralidade administrativa, cuidando-se de delito contra a Administração Militar - Intenção de inverter a posse do bem configurada - Irrelevante a lesão patrimonial - Afastada a hipótese de erro de proibição (erro sobre a ilicitude do fato), ou de erro de direito, em que o agente atua sem consciência da ilicitude - Dolo demonstrado - Condenação mantida - **Pena**-base atenuada para o mínimo legal - Apelo

parcialmente provido” (TJMSP – Segunda Câmara – Apelação Criminal nº 6238/10 – Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior – v.u. – J. 22/3/2012).

Ordem de votação do Conselho de Justiça

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Apelação Criminal - Desacato - Rejeitadas as preliminares de nulidade da sentença e inversão quanto à ordem de votação no Conselho de Justiça - Prova testemunhal robusta - Dolo *de desacatar* caracterizado - Semi-imputabilidade atestada e minoração da reprimenda, nos moldes do art. 48, do CPM - Recurso não provido.” (TJMSP – 2ª Câ. – Ap. Crim. 6043/09 - Rel. Juiz **Orlando Geraldi** – Un. - J. 3/3/2011). No mesmo sentido: 2ª Câ. - APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5786/07 – Rel. Juiz **Orlando Geraldi** - J. 7/10/2010.

Ementa: “Competência. Vítima civil. Juiz de direito. Julgamento. Ordem de votação. Diligências. Indeferimento. Motivação. Lesão leve. Condescendência criminosa. Absolvição.” (TJMSP – 1ª Câ. - APELACAO CRIMINAL Nº 6103/09 - Rel. Juiz **Paulo Adib Casseb** – Un. – J. 27/4/2010). No mesmo sentido: 1ª Câ. - APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6115/10 – Rel. Juiz **Paulo Adib Casseb**, J. 7/6/2011; e 1ª Câ. - APELAÇÃO CRIMINAL Nº 6014/09 – Rel. Juiz **Paulo Adib Casseb** - J. 30/11/2010.

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Apelação Criminal - Condenação em Primeira Instância pela prática do crime de lesão corporal dolosa - Apelo arguindo preliminares de nulidade - Questionamentos sobre a ordem de votação no Conselho de Justiça, a incompetência da Justiça Militar para julgar policial militar que deixou a Corporação e existência de cerceamento de defesa pelo indeferimento de pedido de reprodução simulada dos fatos - Pleito quanto ao mérito sustentando que a lesão corporal foi praticada de forma culposa - Preliminares rejeitadas - Votação no Conselho de Justiça que deve ser iniciada pelo Juiz Direito, ainda que tenha passado a exercer a presidência do colegiado a partir da EC 45/04 - Competência do juízo que é fixada no momento do cometimento do ilícito penal - Garantia do juízo natural - Faculdade do Magistrado para acolher ou não, diante das circunstâncias apresentadas, o pedido de produção de provas na fase do art. 427 do CPPM - Inexistência de cerceamento de defesa diante do indeferimento devidamente fundamentado - Conjunto probatório sólido e que não deixa margens à dúvidas sobre a prática pelo apelante do crime de lesão corporal dolosa - Agente que assumiu o risco de produzir a lesão ao afirmar ter efetuado disparo para o solo - Recurso de apelação que não comporta provimento.” (TJMSP – 1ª Câmara - Apelação nº 6192/10 - Rel. Juiz Fernando Pereira - Unânime - J. 9/8/2011)

Ementa: “Conselho de Justiça - *Ordem de votação* na sessão de julgamento - Votação iniciada pelo Juiz de Direito - Diligências complementares - Indeferimento motivado - Inexistência de nulidades - Preliminares rejeitadas - Homicídio culposo - Fatos descritos na denúncia comprovados - Delito caracterizado - Perdão judicial afastado - Condenação mantida - Recurso não provido.” (TJMSP – 2ª Câmara - Apelação nº 6274/11 - Rel. Juiz Clóvis Santinon - Maioria – J. 23/2/2012).

Inaplicabilidade do princípio da identidade física do juiz

Ementa: “Policial Militar - Apelação Criminal - Delitos de Abandono de posto e Falsidade ideológica - Preliminar de anulação do feito a partir do interrogatório do acusado por inobservância do princípio da identidade física do juiz, inovação introduzida pela Lei 11.719/08 - Matéria afeta ao processo penal comum - Inaplicabilidade nesta Justiça Castrense - Preliminar rejeitada - No mérito, justificativas incapazes de ilidir as condutas delituosas - Infrações penais caracterizadas - Negado provimento ao apelo” (TJMSP – 1ª Câmara – Apelação Criminal n.º 6018/09 – Rel. Juiz **Evanir Ferreira Castilho** - J. 9/8/2011). No mesmo sentido: 1ª Câmara - Apelação Criminal n.º 6262/10 – Rel. Juiz **Evanir Ferreira Castilho** – J. 8/5/2012.

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Lesão corporal - Condenação em Primeira Instância - Recurso de apelação - Preliminar arguindo ausência de regulamentação do § 5º do art. 125 da CF no tocante ao julgamento monocrático pelo Juiz de Direito - Preliminar apontando violação ao princípio da identidade física do Juiz - Apelo sustentando a inexistência do crime - Preliminares rejeitadas - Aplicação imediata do dispositivo constitucional que estabeleceu a competência do Juiz de Direito para processar e julgar singularmente os crimes militares cometidos contra civis - Casos omissos supridos pela legislação processual penal comum - Previsão estabelecida na letra “a” do art. 3º do CPPM - Questão já apreciada pelo STJ - Inocorrência de violação ao princípio da identidade física Juiz - Modificação que inseriu esse princípio no processo penal comum apenas em 2008 - Ausência de qualquer menção a sua inserção no processo penal militar - Princípio que conflita com a índole do processo penal militar - Prática do crime suficientemente comprovada - Condenação que se impõe diante do sólido conjunto probatório - Provimento parcial do apelo quanto à dosimetria da pena.” (TJMSP – 1ª Câmara – Apelação Criminal n.º 6076/09 – Rel. Juiz **Fernando Pereira** – J. 3/5/2011).

Suspeição

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Exceção de Suspeição de Juiz de Direito, oficiante na 1ª Auditoria desta Especializada - Preliminar de intempestividade afastada - Não superação de prazo previsto no art. 407 do CPPM - Alegação de que o Excepto tinha ligação direta com o feito antes da denúncia e proferiu decisões parciais contra o Excipiente - Exigência de inimidade capital a configurar a hipótese de suspeição - Decisões desfavoráveis que não maculam a imparcialidade do Juiz - Questões de cunho exclusivamente jurisdicional - Rugas entre Magistrado e Defensor não dão causa ao reconhecimento da suspeição - Exceção rejeitada.” (TJMSP – 2ª Câmara - Exceção de Impedimento e Suspeição Criminal n.º 000005/11 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi - Unânime – J. 13/10/2011)

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Exceção de Suspeição de Juiz, Membro do Conselho Permanente de Justiça - Alegação de que o Excepto agiu com parcialidade

ao autorizar destruição de provas, sem prévia análise - Preliminar de preclusão - Superação de prazo previsto no art. 407 do CPPM - Exceção não conhecida - Votação unânime.” (TJMSP – 1ª Câmara - Exceção de Suspeição nº 31/11 - Rel. Juiz Paulo A. Casseb - Unânime - J. 5/4/2011)

Interceptação Telefônica

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Preliminares - Inexistência de nulidade - Rejeição - Interceptação telefônica - Licitude - Desnecessária perícia para degravação - Prova de crime diverso - Admissibilidade - Direito constitucional ao silêncio - Inadmissibilidade de novo interrogatório - Indeferimento de reconstituição simulada dos fatos - Motivação idônea - Ausente cerceamento de defesa - Ordem de votação - Inteligência do art. 435 do CPPM - Peculato - Caracterização em relação a um corrêu - Absolvição - Princípio do “in dubio pro reo” - Recurso parcialmente provido.” (TJMSP – 2ª Câmara - Apelação nº 5786/07 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi - Unânime – J. 7/10/2010)

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Concussão - Crime contra a Administração Militar - Condenação em Primeira Instância - Apelo defensivo pleiteando a absolvição nos termos da alínea “a” do art. 439 do CPPM - Alegação da existência de prova ilícita decorrente de *interceptação telefônica* - Licitude na gravação de conversa *telefônica* realizada por parte de um dos interlocutores - Gravação que não se confunde com *interceptação* - Análise do conjunto probatório que torna inquestionável a condenação - Prática do crime suficientemente comprovada - Recurso de apelação que não comporta provimento.” (TJMSP – 1ª Câmara - Apelação nº 6281/11 – Rel. Juiz Fernando Pereira - Unânime - J. 9/8/2011)

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Pedido de anulação de Conselho de Disciplina - Utilização de prova obtida por meio de *interceptação telefônica* em processo administrativo disciplinar contra outros servidores - Admissibilidade - Precedente do STF - Desnecessidade no caso concreto da juntada de cópia da decisão judicial que autorizou a produção da prova - Possibilidade da *interceptação* de comunicação *telefônica* enquanto for útil a colheita da prova - Recurso de apelação não provido.” (TJMSP – 1ª Câmara – Apelação nº 2089/10 - Rel. Juiz Fernando Pereira – Unânime – J. 8/2/2011).

Ementa: “POLICIAL MILITAR - “Habeas corpus” com pedido liminar impetrado para sobrestamento do feito principal e posterior remessa à Justiça Comum - Liminar negada - Improcedência da alegação de constrangimento ilegal decorrente da violação do art. 5º da Constituição Federal, do devido processo legal, da atipicidade do fato e da incompetência desta Justiça Especializada ante à inexistência de crime militar - A correta averiguação dos fatos pressupõe a necessidade da realização da instrução probatória - Existência de indícios de autoria e de materialidade suficientes - *Interceptação telefônica* legalmente autorizada - Figura da prova emprestada amplamente aceita pelo Direito pátrio - Denegação da ordem – Votação.” (TJMSP – 1ª Câmara - *Habeas Corpus* nº 2280/11 - Rel. Juiz Paulo A. Casseb - Unânime - J. 11/10/2011)

Indeferimento de provas – Art. 427 do CPPM

Indexação: Direito constitucional, processual e penal militar. Policial Militar. Requerimento de diligências. **Recurso em Sentido Estrito**. **Recurso** improvido.

Ementa: “O regular controle da atividade processual, pelo órgão que dirige o processo, a fim de se evitar abusos, consistente no indeferimento de produção de provas meramente procrastinatórias ou impertinentes não configura constrangimento ilegal, tampouco cerceamento de defesa.” (TJMSP – 2ª Câmara - Recurso em Sentido Estrito nº 1007/10 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior - Unânime - J. 10/2/2011)

Indexação: **Recurso em Sentido Estrito** - Indeferimento de produção de prova - Alegação de cerceamento de defesa - Manifesta improcedência - Pedido de cunho procrastinatório - Solidez da fundamentação - Irretocabilidade da decisão recorrida - **Recurso** não provido. **Ementa:** “Cabe ao Juiz processante indeferir as diligências requeridas pelas partes, quando *em* seu juízo de conveniência as entender inúteis ou destituídas de valia para o deslinde da instrução criminal. Decisão solidamente fundamentada, afasta o eventual prejuízo ao acusado por cerceamento de defesa ora aventado.” (TJMSP – 2ª Câmara - Recurso em Sentido Estrito nº 989/09 - Rel. Juiz Paulo Prazak - Unânime - J. 2/4/2009)

Ementa: “A admissibilidade do pedido de diligências está vinculada ao poder discricionário atribuído ao Juiz processante, em indeferir, de maneira motivada, as que considerar protelatórias ou desnecessárias ao deslinde da persecução penal. Nesse contexto, inexistente o apontado cerceamento de defesa pelo não acolhimento de diligências, dispensáveis em face de ausência de valor probante.” (TJMSP – 1ª Câmara - HC nº 2058/08 - Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho – j. 23/12/2008).

TJMSP: “*Habeas Corpus* – Processual Penal – Indeferimento de diligências – Fase do art. 427 do CPPM – Poder discricionário facultado ao Magistrado – Decisão fundamentada – Prejuízo inexistente – Cerceamento de defesa não configurado – Denegada a ordem pleiteada” (TJMSP – 2ª Câmara - HC nº 2007/08 - Rel. Juiz Orlando Geraldi – j. 31/7/2008).

Liberdade provisória

Indexação: **Recurso em Sentido Estrito**. Cabimento. Prisão *em* flagrante. Liberdade provisória. Requisito. **Ementa:** “Cabe *recurso em sentido estrito* da decisão concessiva de liberdade provisória. Concede-se a liberdade provisória ao preso *em* flagrante se desnecessária a prisão preventiva.” (TJMSP – 1ª Câmara - Recurso em Sentido Estrito nº 991/09 - Rel. Juiz Clóvis Santinon - Unânime - J. 14/7/2009)

Ementa: “*Habeas Corpus* – Prisão em flagrante delito (arts. 305 e 319 do CPM) – Pedido de liberdade provisória – Admissibilidade – Ausência dos elementos autorizadores da prisão preventiva – Encerramento instrução criminal – Preservado o resultado útil final do processo – Desnecessária a manutenção da segregação carcerária – Ordem concedida.” (HC n. 1981 – 1ª Câmara – Rel. Juiz Clóvis Santinon – unânime – J. 26/2/2008)

Ementa: “O enclausuramento provisório como ato de coerção processual, antecedente à decisão condenatória é medida excepcional, somente justificado por motivos que ensejem a custódia preventiva, peculiaridades não observadas no caso concreto. Prisão em flagrante pelos crimes de Injúria e Violência contra superior - Liberdade provisória – impossibilidade – Vedação do art. 270, letra ‘b’ do CPPM – Manutenção de prisão antes de sentença condenatória que somente pode ocorrer em caso de absoluta necessidade.” (HC n. 1914/06 – 1ª Câ. – unânime – Rel. Juiz Paulo Prazak – J. 19/9/2006).

Indexação: Habeas Corpus - Indeferimento da *liberdade provisória* - Vedação expressa do artigo 270, alínea “b” do CPPM - Incidente de insanidade mental - Nulidade da denúncia - Inocorrência - Ordem denegada. **Ementa:** “Vedada expressamente a concessão de *liberdade provisória* a Policial Militar preso em flagrante como incurso nos delitos tipificados nos artigos 157 e 163 do CPM. Da instauração de incidente para verificação de insanidade mental não decorre qualquer nulidade ao processo principal ou a denúncia. Somente se pode falar em imputabilidade penal do acusado após a conclusão da perícia médica e de sua concordância pelo juiz.” (TJMSP – Câmara Conjunta - *Habeas Corpus* - nº 1770/04 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior - Unânime - J. 7/7/2004)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Habeas Corpus - Prisão em flagrante - Pedido de concessão de liberdade provisória negada - Ordem pleiteada sustentando a excepcionalidade da aplicação da medida de reclusão - Prisão em flagrante que observou todos os preceitos legais - Liberdade provisória indeferida para garantia da ordem pública e por exigência da manutenção dos princípios de hierarquia e disciplina - Decisão do Conselho Permanente de Justiça devidamente fundamentada - Vedação contida no art. 270 do CPPM - Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 2217/10 – Rel. Juiz Fernando Pereira – J. 13/10/2010)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Habeas Corpus - Prisão em flagrante por porte de entorpecente - Pedido de relaxamento da prisão em flagrante indeferido - Concessão de liberdade provisória negada - Ordem pleiteada sustentando a ausência de fundamentação concreta do indeferimento da liberdade provisória - Prisão em flagrante que observou todos os preceitos legais - Liberdade provisória indeferida para garantia da ordem pública - Pequena quantidade de droga portada por policial militar em serviço não invalida o potencial risco desse ato delituoso para a sociedade - Conduta do paciente quando da prisão em flagrante procurando evitar a isenta apuração do ocorrido - Ofensa aos princípios da hierarquia e da disciplina - Vedação contida no art. 270 do CPPM - Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 2219/10 – Rel. Juiz Fernando Pereira – J. 19/10/2010)

Incidente de insanidade mental

Ementa: “POLICIAL MILITAR - *Recurso em sentido estrito* - Indeferimento de instauração de exame de sanidade mental - Irresignação defensiva - Inexistência de sinais de transtornos mentais ou alterações neurológicas capazes de afetar a condição

patológica do miliciano - Poder discricionário atribuído ao Juiz da causa *em* avaliar as condições de procedibilidade para a concretização do pedido ofertado pela Defesa - Decisão fundamentada - **Recurso** improvido.” (TJMSP – 1ª Câmara - Recurso em Sentido Estrito nº 1014/11- Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho - Unânime - J. 24/2/2012)

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Processo-crime - Exame de Sanidade Mental - Não realização de exames complementares - Desnecessidade - Inexistência de transtornos mentais ou alterações neurológicas - Cerceamento de Defesa - **RECURSO EM SENTIDO ESTRITO** - Improvimento - Integridade mental do miliciano - Higidez do laudo - Diligências de caráter procrastinatório - Decisão fundamentada.” (TJMSP – 1ª Câmara - Recurso em Sentido Estrito nº 1005/10 - Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho - Unânime - J. 29/3/2011)

Indexação: *Recurso em sentido estrito*. Indeferimento de incidente de sanidade. Dúvida quanto à higidez mental da acusada. Provimento. **Ementa:** “Ainda que ao Juiz da causa seja desnecessário o exame de sanidade mental, a evidência de sinais de patologia que afeta a condição *emocional* da acusada autoriza a realização de perícia, a fim de afastar dúvida quanto à eventual inimputabilidade penal.” (TJMSP – 2ª Câmara - Recurso em Sentido Estrito nº 1006/10 – Rel. Juiz Paulo Prazak – Maioria - J. 27/1/2011)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Artigo 312, do Código Penal Militar - Atestado de atendimento médico alterado - Via entregue pelo apelante na Unidade que não coincidia com aquela anteriormente enviada via “fax” - Recomendação médica para quatro dias de licença para tratamento de saúde inserida pelo apelante, conforme atestado em laudo documentoscópico - *Incidente de sanidade mental* instaurado, em razão de problemas decorrentes do alcoolismo, concluindo o perito pela imputabilidade do apelante - Autoria e materialidade comprovadas - Laudo de Oficial Médico do Hospital da Polícia Militar ético e fundamentado, não existindo a necessidade de que a perícia fosse realizada por outro órgão estadual - Apelo não provido (Apelação nº 6428/11 – Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior – J. 2/4/2012)

Medida de segurança para tratamento ambulatorial

Indexação: Pena-Agente *semi-imputável* - Substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança consistente em tratamento ambulatorial - Possibilidade - Aplicação subsidiária do artigo 98 do Código Penal. **Ementa:** “Reconhecida a semi-imputabilidade do réu, não há óbice para a aplicação de medida de segurança de tratamento ambulatorial como forma terapêutica psiquiátrica, a despeito da falta de previsão na legislação castrense. Inexistência de afronta ao princípio da reserva legal pois o Código Penal Militar admite a substituição da pena quando necessário tratamento especial.” (TJMSP - 2ª Câmara – Habeas Corpus 1878/06 – Rel. Juiz Fernando Pereira – J. 20/4/2006)

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Apelação - Deserção - Reconhecimento da semi-imputabilidade do policial militar - Síndrome de dependência química - Condenação mantida - Substituição da pena por medida de segurança de tratamento ambulatorial - Inteligência do art. 48, parágrafo único, e 113, ambos do CPM e arts. 96, II e 98 do CP - Recurso parcialmente provido.” (TJMSP – Apelação Criminal nº 6165/10 – Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi – J. 29/9/2011)

Medida de segurança de internação para semi-imputável

Indexação: Absolvição. Fundamento. Modificação. Proibição da “reformatio in pejus”. Desacato a superior. Caracterização. Semi-imputabilidade. Medida de segurança. Internação. **Ementa:** “Absolvido o réu por não constituir o fato infração penal, é vedado reformar a sentença, por força de apelo defensivo, para reconhecer eventual excludente de imputabilidade. Incide no crime de desacato a superior o soldado que dirige palavras ofensivas a sargento. A semi-imputabilidade de dependente químico justifica a conversão da pena privativa de liberdade em medida de segurança de internação.” (TJMSP – 2ª Câmara – Apelação Criminal nº 6029/09 – Rel. Juiz Paulo Prazak – J. 11/2/2010)

Indexação: Dano a bem público. Caracterização. Classificação jurídica. Correção. Semi-imputabilidade. Culpabilidade. Medida de segurança. Internação. **Ementa:** “Incide no crime de dano a bem público o réu que destrói a porta de vidro do centro médico da Polícia Militar. É válida a sentença que confere ao fato descrito na denúncia definição jurídica diversa da nela constante. A semi-imputabilidade, incapaz de excluir a culpabilidade, permite a substituição da pena privativa de liberdade por internação” (TJMSP – 1ª Câmara – Apelação Criminal nº 5502/06 – Rel. Juiz Paulo Adib Casseb – J. 7/4/2009)

Exame do mérito na apelação diante da prescrição (§ 1º do Art. 125 do CPM)

Indexação: Apelação Criminal - Embriaguez em serviço - Condenação em Primeira Instância - Recurso requerendo a extinção da punibilidade pela prescrição ou reforma da decisão em face da semi-imputabilidade do apelante - Reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva com base na pena aplicada - Recurso que não sofre prejuízo no seu andamento em face do § 1º do art. 125 do CPM - Condenação confirmada em Segunda Instância - Aplicação do previsto no parágrafo único do art. 48 do CPM. **Ementa:** “Extinção da punibilidade, face o decurso de prazo entre o recebimento da denúncia e a leitura e publicação da sentença. No mérito, não obstante comprovada a semi-imputabilidade do apelante por meio de Laudo de Exame de Sanidade Mental, impossível infirmar a caracterização do delito tipificado no art. 202 do CPM, dès que o mesmo tinha pleno discernimento de entender o caráter ilícito de sua conduta.” (TJMSP – 1ª Câmara – Apelação Criminal nº 5697/97 – Rel. Juiz Fernando Pereira – J. 18/9/2007)

Indexação: Apelação Criminal - Desrespeito a superior - Preliminar de prescrição da pretensão punitiva - Acolhida - Decretada extinta a punibilidade - Julgamento do mérito do recurso - Inteligência do art. 125, § 1º do CPM - Condenação mantida. Recurso parcialmente provido. **Ementa:** “Extinta a punibilidade do apelante diante o decurso de prazo entre o recebimento da denúncia e a leitura e publicação da sentença. Da análise meritória, possível aferir o dolo na conduta do policial militar que ao receber determinação legal, não a cumpre e passa a dirigir palavras desairosas a superior hierárquico na presença de outros militares. Provas testemunhais coesas e convergentes para um juízo condenatório. Configurado o delito tipificado no art. 160 do CPM” (TJMSP – 1ª Câmara – Apelação Criminal nº 5673/07 – Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho – J. 6/5/2008)

Prescrição na deserção

Indexação: Deserção - Artigo 132 do CPM que não cria nova hipótese de prescrição - Termo inicial do prazo prescricional. **Ementa:** “Dada a natureza permanente do crime de deserção, o marco inicial do prazo prescricional ocorre com a captura do acusado. Para que seja aplicado o artigo 132 do CPM, é condição “sine qua non” que ocorra a prescrição, sendo temerosa a ideia de que haveria a extinção da punibilidade simplesmente pelo fato de o desertor atingir a idade de 45 anos, se praça, ou 60 anos se for oficial” (TJMSP – 2ª Câmara - Apelação Criminal nº 5231/03 – Rel. Juiz Lourival Costa Ramos – J. 30/6/2005)

Súmula 001/2005: “DESERÇÃO – Artigo 187 do CPM – Lapso Prescricional atingido na forma do artigo 125 do CPM – Impossibilidade de seu reconhecimento por vedação expressa do artigo 132 do Código Penal Militar que leva em consideração a idade do desertor.” (TJMSP – Pleno - Incidente de Uniformização de Jurisprudência nº 001/03 – Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho – J. 4/5/2005)

Indexação: Deserção. Prescrição. **Ementa:** “No crime de deserção, se o policial militar é reincorporado, extingue-se a punibilidade pela prescrição nos prazos do art. 125 do Código Penal Militar, independentemente da idade do desertor” (TJMSP – 2ª Câmara - Apelação Criminal nº 5033/01 – Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi – J. 21/5/2009)

Vício no Termo de Deserção

Indexação: Deserção. Vício no termo. Absolvição. Conduta atípica. **Ementa:** “Absolve-se, por atipicidade da conduta, o policial militar incurso no art. 187 do Código Penal Militar se, do termo de deserção consta, em seu prejuízo, vício referente ao prazo consumativo” (TJMSP – Apelação Criminal nº 4813/00 - Rel. Juiz Paulo Prazak – J. 7/5/2009)

Indexação: “Apelação - Deserção - Momento consumativo - Erro material - Ausência do quartel por mais de oito dias - Policial Militar - Deserção. **Ementa:** “Deserção. O erro material quanto à data de consumação da ausência, por si só, não descaracteriza o delito. Pedido de autorização para ausência do quartel não permite o retorno do policial militar depois de escoado o lapso concedido. Ausência superior a oito dias, sem licença. Delito de deserção tipificado” (TJMSP – 1ª Câmara - Apelação Criminal nº 4956/00 – Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho – J. 29/10/2002)

Competência do Conselho de Justiça: Crimes contra Administração Militar com vítima civil

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Apelação criminal - Condenação em Primeira Instância pela prática do crime de concussão - Recurso arguindo preliminar de incompetência do Conselho de Justiça - Pleito de absolvição com base nas alíneas “a” ou “e” do art. 439 do CPPM - Pedido subsidiário de redução da pena - Preliminar rejeitada - Crime contra a Administração - Estado figurando como sujeito passivo - Vítima civil que figura como sujeito passivo secundário - Competência do Conselho de Justiça - Conjunto probatório comprovando a conduta criminosa dos apelantes - Exasperação da pena devidamente fundamentada - Recurso de apelação que não comporta provimento” (TJMSP – 1ª Câmara – Apelação Criminal nº 6348/11 – Rel. Juiz Fernando Pereira – J. 13/3/2012)

Indexação: Competência. Concussão. Juiz de direito. Conselho de Justiça. Nulidade. **Ementa:** “Compete ao Conselho de Justiça o processo e julgamento dos crimes contra a administração militar. São nulas a instrução processual e a sentença relativas a crime de concussão processado e julgado singularmente por Juiz de direito” (TJMSP - 2ª Câmara - Apelação Criminal nº 5572/06 – Rel. Juiz Paulo Prazak – J. 15/10/2009)

Indexação: Concussão - Crime contra a Administração Militar - Nulidade da sentença proferida pelo juiz singular - Determinada a realização de novo julgamento pelo Conselho Permanente de Justiça. **Ementa:** “Prevalência da Administração como sujeito passivo dos ilícitos penais militares contra ela praticados, ainda que de forma concomitante, ou secundária, civis também figurem como sujeitos passivos desses crimes. A interpretação do artigo 125, § 5º, da Constituição Federal, alterado pela Emenda Constitucional nº 45, é de que os julgamentos dos denominados “Crimes contra a Administração Militar” devem continuar a ser realizados pelos Conselhos de Justiça” (TJMSP – Primeira Câmara - Apelação Criminal nº 5407/05 – Rel. Juiz Fernando Pereira – J. 20/9/2005)

Execução penal

Ementa: Policial Militar - *Agravo de Execução Penal* - Delito de Extorsão - Condenação criminal à reprimenda de 6 anos, 4 meses e 24 dias, em regime semiaberto - Precedente exclusão do miliciano, a pedido, das fileiras da Instituição

Militar - Pleiteada a sequência de trabalho externo de auxiliar de enfermagem, anteriormente exercido - Indeferimento - Não cumprimento de 1/6 da pena imposta - Prescindibilidade de tal exigência - Precedentes - “Habeas corpus” julgado por esta Corte - Exame das condições pessoais e subjetivas pelo Juízo das Execuções Criminais - Agravo a que se dá parcial provimento. (Agravo de Execução Penal nº 459/11 - Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho – J. 24/2/2012)

Ementa: POLICIAL MILITAR - *Agravo em Execução Penal* - Interposição ministerial contra decisão que permitiu a utilização de arma de fogo por policial militar sentenciado no exercício de trabalho voluntário em atividade delegada, firmada por convênio entre a Prefeitura de São Paulo e o Governo do Estado - Arguição de descumprimento de cláusula imposta em Termo de Concessão de Prisão Albergue Domiciliar - Procedência - Exercício da atividade em período considerado como folga - Agravo provido - Votação unânime. (Agravo de Execução Penal nº 439/11 – Rel. Juiz Paulo A. Casseb – J. 19/7/2011)

Ementa: *Agravo de Execução Penal* interposto pelo sentenciado - Pedido de reforma da decisão judicial que determinou a perda de 1/3 (um terço) do período remido em razão do cometimento de falta grave - Nova redação do art. 127, da LEP, que mitigou a aplicação prática da Súmula Vinculante nº 9, do STF, mas manteve o entendimento da Suprema Corte sobre a constitucionalidade da perda de dias remidos, em razão do cometimento de falta grave - Instituto de natureza “rebus sic stantibus” (coisa julgada dependente de uma condição futura, qual seja, o cometimento de falta grave), não se operando a coisa julgada material - Negado provimento ao recurso. (Agravo de Execução Penal nº 461/11 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior – J. 1/2/2012)

Ementa: *Carta Testemunhável* extraída a pedido do Ministério Público - Alegação de que o juízo das Execuções Criminais negou seguimento a Agravo de Execução Penal interposto, furtando sua apreciação na Instância Superior - Agravo que retomou o trâmite processual, sobrevivendo julgamento - Questão solucionada - Recurso não conhecido. (Carta Testemunhável nº 1/11 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior – J. 12/1/2012)

Ementa: POLICIAL MILITAR - *Mandado de Segurança* com pedido liminar para cassação da decisão judicial que declarou indefeso o sentenciado - Deferimento da medida liminar para suspensão da audiência que seria realizada com o sentenciado - Verificação de que a atuação da defensora pública, apesar de minimalista, não foi negligente, desatenciosa ou sem afinco - Concessão da segurança para cassar a decisão judicial - Votação unânime. (Mandado de Segurança nº 409/11 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior – J. 27/10/2011)

Indexação: “*Habeas Corpus*” - Execução Penal – Trabalho Externo - Sentenciado em regime semiaberto - Condições pessoais favoráveis - Admissibilidade, sem que haja a necessidade do cumprimento mínimo de 1/6 (um sexto) da pena.
Ementa: Prescindível a exigência do cumprimento de 1/6 da pena para que o condenado em regime semiaberto seja autorizado a realizar trabalho externo,

desde que o Juízo das Execuções Criminais verifique o preenchimento dos requisitos de ordem subjetiva. (Habeas Corpus nº 1848/05 - Rel. Juiz Fernando Pereira – J. 20/9/2005)

Indexação: “*Habeas Corpus*” - Interposição concomitante de Agravo em Execução - Mesma causa de pedir - Necessidade de reexame mais aprofundado da prova, somente possível nos autos do recurso específico - Pedido prejudicado.

Ementa: Tramitando simultaneamente “Habeas Corpus” e Agravo em Execução com fundamentos idênticos, com peculiaridades a exigir melhor exame da justiça ou injustiça da decisão impugnada, a análise da matéria deve ocorrer por via do recurso de maior abrangência. (Habeas Corpus nº 2242/11 – Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior – J. 7/4/2011)

Arguição de inconstitucionalidade

Ementa: POLICIAL MILITAR - Conteúdo normativo da Resolução SSP 110, de 19.07.10 reconhecido - Observância da reserva de plenário nos termos do art. 97, da Constituição Federal - A Lei 9.299/96 e a EC nº 45/04 apenas deslocaram a competência para o Júri, para processar e julgar crimes militares dolosos contra a vida, com vítimas civis - Manutenção da natureza de crime militar (art. 9º, CPM) impõe a aplicação do § 4º, do art. 144, do CPM - Competência exclusiva da polícia judiciária militar para a condução da investigação - Inconstitucionalidade reconhecida da Resolução SSP 110, de 19.07.10 - Decisão unânime. (TJMSP– Pleno - Arguição de Inconstitucionalidade nº 01/10 – Rel. Paulo A. Casseb – J. 3/12/2010)

Correição Parcial

Indexação: Correição Parcial - Processual Penal - Indeferimento da produção de provas - Alegado cerceamento de defesa - Inocorrência - Poder discricionário do Juiz em refutar as diligências que julgar protelatórias e desnecessárias - Pretendida renovação da instrução criminal - Análise inviável nesta sede - Via eleita inadequada - Recurso rejeitado. **Ementa:** Inexiste constrangimento ilegal por cerceamento de defesa quando aferida pelo Juízo, de forma fundamentada, a desnecessidade de acolher pedido de diligência julgada inócua para o deslinde da causa. Pleiteada em verdade a renovação da instrução criminal, uma vez que os atos processuais *in casu* foram devidamente esmiuçados sobre a égide da ampla defesa. Ademais, pleito defensivo refoge à finalidade precípua desta via recursal. (Correição Parcial nº 162/08 – Rel. Juiz Paulo Prazak – J. 3/4/2008)

Indexação: Correição Parcial - Interposição contra decisão que não acolheu alguns pedidos da defesa - Inadmissibilidade - Poder discricionário facultado ao Magistrado - Error in procedendo - Inexistência - Indeferido o pedido correcional. **Ementa:** Descabível o provimento de *Correição Parcial* interposta face decisão que indeferiu alguns pleitos defensivos. Poder discricionário facultado ao Magistrado em admitir

o que julgar concernente ao deslinde da ação penal. Inexistindo erro ou omissão inescusável, tampouco abuso que importasse em inversão tumultuária no processo, é de rigor o indeferimento do pedido correcional. (Correição Parcial nº 158/07 – Rel. Juiz Clóvis Santinon - J. 6/9/2007)

Recurso em sentido estrito

Ementa: POLICIAL MILITAR - Recurso em Sentido Estrito - Crime de furto - Rejeição da denúncia - Inadmissibilidade - Materialidade do delito comprovada desde logo, havendo veementes indícios de autoria - Preenchidos os requisitos legais do art. 77 do CPPM - Não configuração de quaisquer das hipóteses de rejeição previstas no art. 78 do CPPM - Suporte indiciário suficiente para deflagrar a persecução penal militar em juízo - Recurso provido para que a denúncia seja recebida. (Recurso em Sentido Estrito nº 1010/11 – Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi – J. 5/5/2011)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Recurso em sentido estrito - Indeferimento de instauração de exame de sanidade mental - Irresignação defensiva - Inexistência de sinais de transtornos mentais ou alterações neurológicas capazes de afetar a condição patológica do miliciano - Poder discricionário atribuído ao Juiz da causa em avaliar as condições de procedibilidade para a concretização do pedido ofertado pela Defesa - Decisão fundamentada - Recurso improvido. (Recurso em Sentido Estrito nº 1014/11 – Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho – J. 24/2/2012)

Ementa: Policiais militares - Recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público - Denúncia, que imputava aos milicianos o delito de concussão, rejeitada pelo Juiz de Direito - Vítima que inicialmente indicou os policiais militares como autores do delito e retratou-se ainda na fase inquisitorial - Inexistência de testemunhas presenciais do fato criminoso - Delito em que a palavra da vítima é de extrema relevância - Ausência de justa causa para o exercício da ação penal - Negado provimento ao recurso. (Recurso em Sentido Estrito nº 1013/11 – Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Júnior – J. 1/2/2012)

Crimes propriamente militares

Ementa: POLICIAL MILITAR - Sentença Condenatória - Apelo defensivo pugnando pela absolvição com fulcro no art. 439, alínea “b” em relação à prática do crime de *abandono de posto* (art. 195 do CPM) ou, alternativamente, redução da pena aplicada e reconhecimento da prescrição punitiva - Conjunto probatório suficiente a ensejar a condenação no delito imputado - Existência de condições para a exacerbação da pena mínima - Sentença “a quo” devidamente fundamentada - Manutenção da condenação em Primeiro Grau - Decisão unânime. (Apelação nº 6099/09 – Rel. Juiz Paulo A. Casseb – J. 11/3/2011)

Indexação: Apelação Criminal. *Abandono de Posto* e Falsidade Ideológica. Alegada insuficiência probatória. Afastamento. Documentos e testemunhos seguros e harmônicos, demonstrando a prática criminosa. Apelo improvido. **Ementa:** Configura o abandono de posto a conduta do policial militar que antecipa sua saída do serviço mediante falsa notícia ao superior hierárquico de que havia sido liberado pelo Comandante de Força Patrulha. Incidiu, ainda, no crime de falsidade ideológica, eis que inseriu no relatório de serviço, a falsa declaração de que obteve dispensa do serviço, fato desmentido pelo Oficial. (Apelação nº 6190/10 – Rel. Juiz Paulo Prazak – J. 14/4/2011)

Ementa: Policial Militar - Apelação criminal - Crime de *abandono de posto* - Sentença absolutória com fulcro na alínea “e” do artigo 439 do CPPM - Irresignação Ministerial - Punição pelos mesmos fatos na seara administrativa - Permanência disciplinar de oito dias - Independência das Instâncias - Entretanto, penalidade suficiente para a prevenção de nova ocorrência - Eventual condenação não teria o caráter reeducativo - Policial de bom caráter e extrema dedicação - Ausência de dolo em sua conduta - Infração penal não caracterizada - Recurso ministerial a que se nega provimento. (Apelação nº 6245/10 – Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho – J. 20/3/2012)

Ementa: Habeas Corpus. Prisão em flagrante. *Abandono de posto* e embriaguez em serviço. Preservação de normas ou princípios de hierarquia e disciplina militares (art. 255, alínea “e”, do Código de Processo Penal Militar). Desnecessidade de manutenção da prisão. Concessão da ordem. (Habeas Corpus nº 2185/10 – Rel. Juiz Fernando Pereira – J. 1/6/2010)

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Sentença condenatória - Denúncia imputou a prática do delito previsto no artigo 196 do CPM (*descumprimento de missão*) - Reconhecimento do transcurso do lapso prescricional, em primeira instância, apenas para o corréu Daniel Fernando Baptista - O patrulhamento noturno atribuído aos Apelantes compreende missão de fiscalização da ordem pública. Com este encargo, o militar recebe verdadeira missão, mais especificamente, a de coibir a prática de ilícitos e a de preservar a segurança da sociedade, promovendo-se a manutenção da ordem pública. Desse modo, é inafastável a classificação como “missão” da tarefa recebida pelos Recorrentes - Inocorrência do alegado meritoriamente - Conjunto probatório suficiente para configuração do delito imputado - Manutenção da sentença “a quo” - Improvimento do recurso - Votação unânime” (TJMSP – 1ª Câmara – Apelação Criminal nº 6255/10 – Rel. Juiz Paulo Adib Casseb – J. 6/12/2011).

Ementa: “POLICIAL MILITAR - Sentença condenatória - Denúncia imputou a prática do delito previsto no artigo 196, “caput” do CPM (*descumprimento de missão*) - Apelo defensivo pugnando, preliminarmente, pela anulação da sentença por inobservância da ordem de votação - Preliminar rejeitada - No mérito, pede a absolvição do réu com fulcro na alínea “b” do art. 439 do Código de Processo Penal Militar em razão da atipicidade da conduta - Inocorrência - Conduta praticada que compromete a estabilidade da Corporação - Conjunto probatório suficiente a

embasar a condenação - Manutenção da decisão “a quo” - Improvimento do recurso – Votação unânime” (TJMSP – 1ª Câmara – Apelação Criminal nº 6193/10 – Rel. Juiz Paulo Adib Casseb – J. 11/10/2011).

Ementa: Policial Militar - “Habeas Corpus” - Prisão flagrancial - Legalidade - Pleiteada a liberdade provisória - Impossibilidade - Vedação expressa do artigo 270, letra “b” do CPPM - *Desacato a superior e desrespeito a superior* - Delitos tipicamente militares - Afronta a autoridade, a disciplina e a Administração Militar - Decisão motivada - Ordem denegada. (Habeas Corpus nº 2254/11 – Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho – J. 19/4/2011)

Indexação: Coisa julgada. Inquérito policial militar. Desacato a superior. Caracterização. Ameaça. Absolvção. Fundamento. **Ementa:** A decisão de arquivamento de inquérito policial militar carece dos efeitos da coisa julgada. Incide no crime de *desacato a superior* o subtenente que desacata tenente valendo-se de expressão dotada de conteúdo ofensivo, indecoroso e ultrajante, com a finalidade de deprimir sua autoridade e desprestigiar sua patente. Havendo indícios de que o réu ameaçou a vítima de morte, deve ser absolvido com base na insuficiência de provas, e não na declaração de inexistência do fato. (Apelação nº 5646/06 – Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi – J. 17/9/2009)

Indexação: Alegada nulidade de sentença por falta de motivação. Inocorrência. Desacato a superior. Caracterização. **Ementa:** Reputa-se motivada a sentença que contém relatório dos fatos, fundamentação e decisão, e explicita as razões que nortearam o convencimento do juízo. Incorre em *desacato a superior* o policial militar que dirige palavras ofensivas a superior hierárquico que apoiava ocorrência originada de desinteligência no qual o primeiro se envolveu. (Apelação nº 5731/07 – Rel. Juiz Paulo Prazak – J. 6/5/2010)

Indexação: Auto de prisão em flagrante. Irregularidade. *Desacato a superior*. Menagem. Liberdade provisória. Vedação. **Ementa:** Constitui mera irregularidade a ausência, no auto de prisão em flagrante, da assinatura de todas as partes indicadas no art. 298 do Código de Processo Penal Militar. É vedado conceder menagem ou liberdade provisória ao policial militar acusado de desacato a superior. (Habeas Corpus nº 2100/09 – Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior – J. 21/5/2009)

Indexação: Apelação Criminal - *Desacato a superior* - Excludente de Ilicitude - Não caracterização - Embriaguez voluntária - Comprovação através Laudo de Dosagem Alcoólica - Existência da materialidade e demonstração da autoria - Negado provimento ao apelo - Extinção da punibilidade reconhecida - Incidência da prescrição da pretensão punitiva. **Ementa:** Inexistência de causa dirimente de imputabilidade legalmente reconhecida. Embriaguez voluntária, comprovada por meio de Laudo de Dosagem Alcoólica, afasta a hipótese de eventual ingestão acidental, proveniente de caso fortuito ou força maior, passível de justificar o excesso despendido no tratamento de superior hierárquico. Materialidade e autoria incontroversas. Definido

o delito insculpido no **art. 160 do CPM**. No entanto, há de se reconhecer a extinção da punibilidade do apelante, diante da incidência da prescrição da pretensão punitiva estatal. (Apelação nº 5639/06 – Rel. Juiz Paulo A. Casseb – J. 26/5/2009)

Ementa: *Desrespeito a superior e recusa de obediência* - Fatos descritos na denúncia comprovados pelas declarações dos militares presentes - Delitos caracterizados - Condenação mantida - Recurso não provido. (Apelação nº 6280/11 – Rel. Juiz Clóvis Santinon – J. 9/2/2012)

Ementa: Policial Militar - Apelação Criminal - Crimes de *Desrespeito a superior* e Ameaça - Preliminar de nulidade da instrução criminal após o interrogatório do acusado por inobservância da Lei 10.792/03 - Rejeitada - A aplicabilidade da citada lei não alcança esta Justiça Especializada cujas normas são regidas por Código próprio - Fatos descritos na exordial acusatória confirmados pela vítima e testemunhas - Miliciano se dirige a superior hierárquico com dedo em riste e voz exaltada - Ameaça ao ofendido de lhe causar mal injusto e grave - Delitos configurados - Recurso improvido. (Apelação nº 6181/10 – Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho – J. 16/8/2011)

Indexação: Apelação Criminal - *Desrespeito a superior* - Instauração de Incidente de Sanidade Mental - Atestada a semi-imputabilidade da policial feminina o que não afasta sua responsabilidade, mas minoriza o quantum da pena - Negado provimento ao apelo. **Ementa:** Contexto probatório demonstra cabalmente o excesso praticado pela policial militar que profere palavras ofensivas contra superiora hierárquica, ato contínuo, amassa e joga ao chão ordem de serviço sob a presença de colegas da Instituição. A legislação penal militar visa manter os princípios basilares da hierarquia e disciplina, maculadas pelo proceder da policial militar que, apesar de semi-imputável, tinha pleno discernimento do caráter ilícito de sua conduta. (Apelação nº 5435/05 – Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior – J. 1/3/2007)

Indexação: Apelação Criminal - *Dormir em serviço* - Alegada a ausência de dolo - Pleiteada a absolvição com fulcro na alínea “c” do CPPM - Inadmissibilidade - Condenação mantida. **Ementa:** Policiais militares em serviço estacionam a viatura militar em local ermo, sendo flagrados com os bancos reclinados, uniforme e equipamentos afrouxados, a denotar vontade livre e consciente de dormir. Caracterizado o delito tipificado no art. 203 do CPM. (Apelação nº 5442/05 – Rel. Juiz Clóvis Santinon – J. 29/3/2007)

Indexação: Apelação - Policial Militar - *Dormir em serviço* - Consumação - Conduta - Alegação de mal-estar físico - Ônus do réu. **Ementa:** Dormir em serviço. Policial Militar. O delito consuma-se com a mera conduta. A alegação de que o réu assim agiu em virtude de mal-estar físico deve ser por ele comprovada. (Apelação nº 4869/00 – Rel. Juiz Otávio Leitão da Silveira – J. 20/9/2001)

Indexação: Dormir em serviço. Absolvição. **Ementa:** Absolvem-se da acusação de *dormir em serviço* os policiais militares que, impedidos de prosseguir no patrulhamento por defeito no sistema elétrico da única viatura disponível, são

surpreendidos dormindo no interior do veículo, estacionado no interior do quartel, se há dúvida de que haviam premeditado os momentos de sono. (Apelação nº 5851/08 – Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi – J. 18/3/2010)

Ementa: POLICIAL MILITAR - “Habeas corpus” com pedido liminar para suspensão imediata do cumprimento da sanção de um dia de permanência disciplinar e anulação do ato punitivo - Reconhecimento jurisprudencial da possibilidade de impetração do “writ” em matéria disciplinar exclusivamente para o controle da legalidade - Improcedência da invocação de cerceamento de defesa e violação aos princípios da tipicidade, da legalidade, do devido processo legal e da segurança jurídica, decorrente da falta de precisão do termo acusatório e da negativa de atendimento ao pedido de degravação da comunicação com o COPOM - Respeito ao art. 93, inciso IX, da, Constituição Federal - Acusado defende-se dos fatos e não da capitulação inicial - As expressões “cochilar” e “*dormir*” devem ser interpretadas como sinônimas na hipótese “sub judice” - A figura da atipicidade e a abertura do tipo no feito administrativo não afrontam os princípios da impessoalidade e da legalidade, mas objetivam satisfazer o interesse público - Sentença atacada está juridicamente correta - Manutenção - Improvimento do recurso - Votação unânime. (Apelação nº 2736/12 – Rel. Juiz Paulo A. Casseb – J. 20/3/2012)

Indexação: Deserção - Erro material no termo de *deserção* - Inexistência de nulidade - Consumação do delito - Apresentação espontânea do desertor - Atenuante configurada. **Ementa:** O erro material no termo de deserção configura mera irregularidade, não o invalida nem pode afastar o crime. Aplicada a atenuante especial prevista pelo artigo 189, inciso I do CPM, em virtude da apresentação voluntária do policial militar. (Apelação nº 5249/03 - Rel. Juiz Paulo Prazak – J. 28/4/2005)

Indexação: Embargos de Declaração - Processual penal - Recurso ministerial - Embargos opostos em face do v. Acórdão em sede de Apelação Criminal pugnano pelo reconhecimento da extinção da punibilidade - Impossibilidade - Delito de *deserção* - Aplicabilidade do art. 132 do CPM e da Súmula nº 001/05 desta Egrégia Corte - Negado provimento ao recurso. **Ementa:** Conforme entendimento desta E. Corte, firmado pela Súmula nº 001/05, na prática do delito de *deserção*, restou vedado o reconhecimento do lapso prescricional inserto no art. 125, do Código Penal Militar, sem que o desertor atinja os limites de idade expressos no art. 132, do Código Penal Militar. Nesta linha, embora superado o prazo da prescrição do art. 125 do CPM, não tendo o Apelante atingido, *in casu*, os exigíveis quarenta e cinco anos de idade, não se opera a extinção da punibilidade nos exatos termos do art. 132 do CPM e da Súmula nº 001/05 deste Tribunal (Embargos de Declaração nº 147/09 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Júnior – J. 8/7/2009)

Indexação: *Deserção* - Habeas Corpus Preventivo - Impetração com o fito de garantir ao desertor sua reapresentação sem ser recolhido ao Presídio Militar Romão Gomes - Impossibilidade - Inocorrência de ato ilegal ou abuso de autoridade - “Writ”

indeferido. **Ementa:** Consumou-se a *deserção*, apesar da manifestação dos superiores hierárquicos e colegas de serviço no sentido de orientar o policial militar paciente para evitar o cometimento do delito, As providências tomadas pelo Comandante foram aquelas exigidas pela Lei (remessa do Termo de Deserção ao Distribuidor desta Justiça Castrense), pois caso contrário poderia ter sido indiciado por crime de prevaricação. (Apelação nº 1750/04 - Rel. Juiz Ubirajara Almeida Gaspar – J. 26/10/2004)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Apelação - *Deserção* - Reconhecimento da semi-imputabilidade do policial militar possuidor de transtornos psiquiátricos - Condenação mantida - Substituição da pena por medida de segurança de tratamento ambulatorial - Inteligência do art. 48, parágrafo único, e 113, ambos do CPM e arts. 96, II e 98 do CP - Recurso parcialmente provido. (Apelação nº 6064/09 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi – J. 7/4/2011)

Indexação: Prova. Nulidade. Arguição. Preclusão. Violência contra inferior. Violência contra superior. Caracterização. **Ementa:** Devem ser rejeitadas as teses de nulidade nas provas testemunhal e pericial que não sejam arguidas até as alegações finais. Incide nos crimes de *violência contra inferior* e *violência contra superior*, este na forma tentada, o cabo da policial militar que, embriagado, desfere tapa no rosto de soldado e tenta agredir sargento. (Apelação nº 5799/08 – Rel. Juiz Paulo Prazak – J. 13/8/2009)

Indexação: Apelação - *Violência contra inferior* - Consumação - Emprego de força física - Desnecessário o resultado de lesão corporal. **Ementa:** Violência contra inferior (art. 175, “caput”, do CPM). Para a consumação do delito basta o simples emprego da força física pelo agente *contra* o corpo, a vestimenta ou a “cobertura” do ofendido. Desnecessário o resultado de lesão corporal (Apelação nº 4762/99 – Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Júnior - 7/5/2002).

Crimes impropriamente militares

Ementa: POLICIAL MILITAR - Apelação Criminal - Denúncia oferecida em desfavor de dois policiais militares pelas práticas dos crimes de *peculato* e *concussão* - Condenação de um dos policiais em Primeira Instância pela prática do crime de concussão - Apelo defensivo arguindo preliminares de nulidade e requerendo a absolvição nos termos das alíneas “a” ou “e” do art. 439 do CPPM - Questionamentos sobre a competência do Conselho de Justiça, existência de nulidade na instrução processual e ordem de votação no Conselho de Justiça - Apelo ministerial requerendo a condenação dos dois policiais militares pela prática do crime de concussão e de um deles pela prática de peculato - Preliminares rejeitadas - Competência do Conselho de Justiça considerando tratar-se de crimes contra a Administração Militar - Preclusão quanto a arguição de nulidade atinente à realização do exame grafotécnico - Votação no Conselho de Justiça que deve ser iniciada pelo Juiz Direito, ainda que tenha passado a exercer a presidência do colegiado a partir da EC 45/04 - Conjunto probatório apto a

reconhecer a conduta criminosa por parte dos dois policiais militares na conformidade do requerido pelo Ministério Público - Recurso de apelação formulado pela Defesa que não comporta provimento - Apelo ministerial a que se dá provimento. (Apelação nº 6172/10 – Rel. Juiz Fernando Pereira – J. 16/8/2011)

Indexação: Suspeição. Juiz de direito. Sentença monocrática anulada. Conselho de Justiça. **Concussão.** Caracterização. **Ementa:** Pode o juiz de direito prolator de sentença monocrática anulada integrar o Conselho de Justiça competente para o julgamento da causa, sem que se configure suspeição de sua parte. Incide no crime de *concussão* o policial militar que, no atendimento de ocorrência, exige dinheiro de civil para não adotar as providências cabíveis. (Apelação nº 5637/06 – Rel. Juiz Clóvis Santinon - J. 3/11/2009)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Apelação - **Concussão** - Conjunto probatório insuficiente para confirmar o delito - Dúvida quanto à autoria delitiva deve beneficiar o acusado - Recurso provido para absolver o réu com fulcro no art. 439, alínea “e”, do CPPM. (Apelação nº 5872/08 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi – J. 7/4/2011)

Indexação: Apelação Criminal. Nulidade. Princípio da identidade física do Juiz. Inaplicabilidade. Cerceamento de Defesa. Questão Preclusa. Inversão da ordem de votação pelos juízes. Afastamento. Higidez processual. Alegada condenação contrária à evidência dos autos. Improcedência. **Concussão** caracterizada pela exigência de vantagem econômica de civil supostamente envolvido em receptação. Prova robusta. Recurso improvido. **Ementa:** São improcedentes as arguições de nulidade fundadas na pretendida aplicação de princípio restrito ao procedimento comum, no âmbito da legislação especial; na existência de mera irregularidade processual, eis que já convalidada na origem; e no deslocamento da presidência do Conselho ao Juiz de Direito, decorrente de alteração da norma constitucional. Concussão caracterizada pela ação do policial que constata negociação de bens de origem ilícita por comerciante e dele exige vantagem econômica para não encaminhá-lo à Delegacia de Polícia. Prova harmônica. Apreensão de valores com o réu denotando exaurimento da conduta. Condenação mantida. (Apelação nº 6025/09 – Rel. Juiz Paulo Prazak - J. 28/7/2011)

Indexação: Apelação Criminal - **Concussão, Apropriação Indébita e Prevaricação** - Ilícitos penais enquadrados no Título VII do CPM “Dos Crimes contra a Administração Militar” - Nulidade de sentença proferida pelo Juízo Singular - Determinada a realização de novo julgamento pelo Conselho Permanente de Justiça - Inteligência do artigo 125, § 5º da Carta Magna, com a nova redação da Emenda Constitucional nº 45 de 2004. **Ementa:** O bem primário a ser tutelado nos casos de Crime contra a Administração Militar é o interesse público, representado pela moralidade administrativa, ceifada pelo comportamento abusivo dos policiais militares, figurando no polo secundário o particular vítima da exigência, destarte, a competência para julgamento do processo-crime, deve ser atribuída ao Conselho de Justiça. (Apelação nº 5409/05 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira – J. 30/11/2006)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Sentença Condenatória - Apelos defensivos pugnano pela absolvição do réu José Adair Carlos da Silva com fulcro no art. 439, alínea “a” e alternativamente, alíneas “b”, “c” ou “e” e, do corréu Helder da Silva Gonçalves, alínea “e”, tudo do Código de Processo Penal Militar - Denúncia imputou aos Acusados a prática do crime de *corrupção passiva* (art. 308, § 1º, CPM) - Improcedência da alegação de inocência dos milicianos decorrente das contradições apresentadas e da inequívoca concretização da abordagem às vítimas - Existência de auto de infração lavrado e de reconhecimento pessoal dos increpados - Conjunto probatório harmônico é suficiente para demonstrar a coautoria e evidenciar a consumação do delito - Inaplicabilidade do princípio da insignificância na seara militar - Inocorrência de contrariedade aos princípios da razoabilidade, da proporcionalidade e da presunção de inocência - Inexistência de violação ao devido processo legal, à ampla defesa e ao contraditório - Improvimento do recurso - Decisão unânime. (Apelação nº 5797/08 - Rel. Juiz Paulo A. Casseb – J. 26/4/2011)

Indexação: Apelação Criminal - *Corrupção Passiva* - Delito formal enquadrado no Título VII do CPM. “Dos Crimes contra a Administração Militar” - Nulidade de sentença emanada por Juiz Singular - Novo julgamento a ser realizado pelo Conselho Permanente de Justiça - Inteligência do artigo 125, § 5º da Constituição Federal, modificado pela Emenda Constitucional nº 45/04. **Ementa:** O interesse público é o bem primário a ser protegido nos casos de crime contra a Administração Militar, cuja probidade resta maculada pela conduta dos policiais militares que, em razão da função, aceitam vantagem indevida. No polo secundário figura o particular ofendido pelo risco ou diminuição patrimonial. Dessarte, a competência para julgamento do processo-crime deve ser atribuída ao Conselho de Justiça. (Apelação nº 5460/05 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior – J. 30/11/2006)

Indexação: Corrupção passiva. Causa de aumento. Caracterização. **Ementa:** O Incide no crime de *corrupção passiva* com a causa de aumento do art. 308, §1º, do Código Penal Militar o policial que recebe dinheiro em razão da função e, em consequência, deixa de autuar motorista infrator. (Apelação nº 5789/08 - Rel. Juiz Clóvis Santinon – J. 1/9/2009)

Indexação: Apelação Criminal - *Corrupção passiva* - Crime contra a Administração Militar - Recebimento de vantagem indevida em razão da função pública - Omissão da prática de ato de ofício - Ocorrência plena do tipo penal - Suficiência do conjunto probatório - Cominação de pena mais gravosa - Condenação mantida - Apelo improvido. **Ementa:** Configuração plena do tipo penal consubstanciada no recebimento pelo miliciano de vantagem indevida para omissão da prática de ato regular e legal relacionado à sua obrigação funcional. Confirmação em juízo das declarações anteriormente prestadas pelas vítimas reforça a verdade acerca da conduta delituosa. Dano efetivo e potencial ao bom funcionamento da Administração Militar. Cominada pena de maior gravame por incidência da majorante do § 1º do art. 308 do CPM. (Apelação nº 5666/07 - Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho – J. 23/6/2009)

Indexação: Habeas Corpus - Prisão em flagrante - Pedido de liberdade provisória - *Corrupção ativa*, delito apenado com reclusão - Vedação expressa do artigo 270, parágrafo único do CPPM - Excesso de prazo para conclusão da instrução criminal - Demora motivada por culpa exclusiva da Defesa - Denegada a ordem. **Ementa:** Preenchidos os requisitos autorizadores da prisão flagrancial e aferida sua regular necessidade visando proteger a busca da verdade real, irrefutável a legalidade da manutenção da segregação carcerária. Ademais, impossível ventilar a existência de constrangimento ilegal pelo excesso de prazo, para conclusão da persecução penal, quando decorrente do atendimento de diligência ofertada pela Defesa. (Habeas Corpus nº 1989/08 - Rel. Juiz Evanir Ferreira – J. 8/4/2008)

Indexação: Recurso Inominado - *Extorsão* em sua forma qualificada - Crime contra o patrimônio - Competência do juízo singular - Aplicação imediata de modificação constitucional alcançando novos feitos e aqueles em curso - Negado provimento ao recurso. **Ementa:** Conforme recente alteração no entendimento desta E. Corte quanto ao bem jurídico tutelado pela norma penal, em que se protege o patrimônio da vítima, a competência para processar e julgar os fatos cinge-se ao juízo singular, na forma do art. 125, § 5º da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/04, norma de eficácia plena, de aplicabilidade imediata. (Recurso Inominado nº 4/08 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira – J. 8/5/2008)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Apelação Criminal - Condenação em Primeira Instância pela prática do crime de *lesão corporal dolosa* - Apelo arguindo preliminares de nulidade - Questionamentos sobre a ordem de votação no Conselho de Justiça, a incompetência da Justiça Militar para julgar policial militar que deixou a Corporação e existência de cerceamento defesa pelo indeferimento de pedido de reprodução simulada dos fatos - Pleito quanto ao mérito sustentando que a lesão corporal foi praticada de forma culposa - Preliminares rejeitadas - Votação no Conselho de Justiça que deve ser iniciada pelo Juiz Direito, ainda que tenha passado a exercer a presidência do colegiado a partir da EC 45/04 - Competência do juízo que é fixada no momento do cometimento do ilícito penal - Garantia do juízo natural - Faculdade do Magistrado para acolher ou não, diante das circunstâncias apresentadas, o pedido de produção de provas na fase do art. 427 do CPPM - Inexistência de cerceamento de defesa diante do indeferimento devidamente fundamentado - Conjunto probatório sólido e que não deixa margens à dúvidas sobre a prática pelo apelante do crime de lesão corporal dolosa - Agente que assumiu o risco de produzir a lesão ao afirmar ter efetuado disparo para o solo - Recurso de apelação que não comporta provimento. (Apelação nº 6192/10 - Rel. Juiz Fernando Pereira – J. 9/8/2011)

Indexação: Habeas Corpus - Trancamento de procedimento penal - Extinção da punibilidade na Justiça Comum - Mesmos fatos - Alegação de “bis in idem” - Insubsistência - Concurso material de crimes - Mesma conduta - Delitos distintos - Peculato-furto - Crime militar - Competência desta Justiça Especializada - Incidência da Súmula nº 90 do STJ - Abuso de autoridade - Julgamento afeto ao

Juizado Especial Criminal - Inexistência de ilegalidade a ser reparada - Denegada a ordem. **Ementa:** Não há de se falar em improcedência da ação penal, tampouco se vislumbra ilegalidade evidente, a ponto de se acolher a presente impetração, que busca o trancamento do procedimento criminal em curso. Conquanto, versando sobre a mesma conduta, os crimes foram cometidos em concurso material, do que resultam competências distintas para a apuração das responsabilidades criminais. A extinção da punibilidade pelo delito de abuso de autoridade, no Juizado Especial Criminal, não se revela como óbice capaz de elidir o exame do crime de *peculato-furto* por esta Justiça Castrense. Ausência de ato ilegal, a ser combatido nesta estreita via. (Habeas Corpus nº 2106/09 - Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho – J. 30/6/2009)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Apelação Criminal - Condenação em Primeira Instância pela prática do crime de *peculato* - Apelo arguindo preliminares de nulidade - Questionamentos sobre o aditamento da denúncia, ordem de votação no Conselho de Justiça e existência de cerceamento de defesa pelo indeferimento de pedido de reinterrogatório - Pedido alternativo sustentando a aplicação do princípio da insignificância - Preliminares rejeitadas - Aditamento da denúncia feita na sessão de início da instrução - Votação no Conselho de Justiça que deve ser iniciada pelo Juiz Direito, ainda que tenha passado a exercer a presidência do colegiado a partir da EC 45/04 - Faculdade do Juiz para acolher ou não, diante das circunstâncias apresentadas, o pedido para reinterrogatório do réu - Conjunto probatório sólido e que não deixa margens à dúvidas sobre a prática pelo apelante do crime de *peculato* - Princípio da insignificância que não se aplica em crimes contra a Administração - Recurso de apelação que não comporta provimento. (Apelação nº 6097/09 - Rel. Juiz Fernando Pereira – J. 14/6/2011)

Indexação: Embargos Infringentes - *Furto privilegiado* - Momento da Consumação - Desistência Voluntária - Inocorrência - Negado provimento aos embargos. **Ementa:** Consumado o furto com a retirada do bem da esfera de disponibilidade da vítima, conferindo ao policial militar a detenção da coisa, ainda que por alguns instantes. Não restou caracterizada a desistência voluntária do agente, que não abdicou espontaneamente da conduta ilícita, apenas interrompeu a prática do delito por circunstância alheia à sua vontade. (Embargos Infringentes e de Nulidade nº 30/05 - Rel. Juiz Lourival Costa Ramos – J. 26/10/2005)

Indexação: Apelação Criminal - *Furto simples* - Delito inculpidado no art. 240 “caput” do CPM - Tipicidade - Presença de *animus furandi* - Dolo específico configurado - Apelo não provido - Condenação mantida. **Ementa:** Soldado Temporário agindo com *animus furandi* subtrai bens da bolsa de colega de alojamento com a clara intenção de dispor da coisa alheia como sua. Depoimento da vítima, harmônico com o das testemunhas e do próprio apelante, denotam o dolo específico, consubstanciado na vontade livre e consciente de ter os objetos para si. Devidamente caracterizado o delito de furto simples. (Apelação nº 5304/04 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior – J. 31/1/2008)

Ementa: Apelação Criminal - *Peculato furto* - Desclassificação requerida pela autoridade ministerial para o artigo 240, § 1º do CPM - Furto atenuado - Legalidade - Observância ao disposto no artigo 437, alínea “a” do CPPM - Substituição da pena de reclusão pela de detenção - Sentença condenatória de Primeiro Grau benéfica ao apelante - Autoria e materialidade do delito incontroversas - Apelo não provido. (Apelação nº 5845/08 - Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho – J. 22/3/2011)

Ementa: POLICIAL MILITAR - *Furto* - Preliminar de nulidade da ação penal - procedimento iniciado por denúncia anônima - inoportunidade - apuração de veracidade sobre “notitia criminis” - dever institucional da Corregedoria da Polícia Militar - Artigo 1º, I do Decreto Estadual nº 31.318/90 - Inaplicabilidade das Leis Federais nº 8.112/90 e 4.878/65 aos militares dos Estados - Dolo comprovado - insubsistência das alegações do autor sobre devolução da “res furtiva” - excludente de culpabilidade - estado de necessidade de terceiro - não comprovação de inexigibilidade de conduta diversa, de inexistência de outro modo de evitar o perigo - Aplicação do princípio da insignificância - diferenciação do conceito de *furto* atenuado do artigo 240, §1º do CPM - Recurso não provido. (Apelação nº 6256/10 - Rel. Juiz Clóvis Santinon – J. 12/4/2012)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Recurso em Sentido Estrito - Crime de *furto* - Rejeição da denúncia - Inadmissibilidade - Materialidade do delito comprovada desde logo, havendo veementes indícios de autoria - Preenchidos os requisitos legais do art. 77 do CPPM - Não configuração de quaisquer das hipóteses de rejeição previstas no art. 78 do CPPM - Suporte indiciário suficiente para deflagrar a persecução penal militar em juízo - Recurso provido para que a denúncia seja recebida. (Recurso em Sentido Estrito nº 1010/11 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi – J. 5/5/2011)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Sentença Condenatória - Apelos defensivos pugnando absolvição nos termos do art. 439, alínea “c”, do Código de Processo Penal Militar ou, subsidiariamente, a fixação da reprimenda no mínimo legal e sua substituição por pena restritiva de direitos para o corréu Olavo Alessandro Pagani - Aditamento à denúncia imputou aos apelantes a prática do crime de *extorsão qualificada* (art. 243, “a”, § 1º, c.c. art. 242, § 2º, I e II, ambos do CPM) - Prisão em flagrante dos increpados - Improcedência da alegação de que realizaram abordagem a veículo suspeito e de inexistência de testemunhas presenciais no recebimento do dinheiro - Inequívoca correspondência lógica dos fatos e constatação da concretização da entrega das notas previamente marcadas e fotografadas aos milicianos - Conjunto probatório atestou a credibilidade da palavra do ofendido e a consumação do delito, com a comprovação da autoria e da materialidade - Decretação da reforma “*ex officio*” do corréu Olavo Alessandro Pagani, decorrente de psicose atestada no laudo de exame de sanidade mental, implica substituição da pena imposta pela internação para tratamento psiquiátrico e não por restrição de direitos, pena esta inexistente na seara militar - Parcial provimento do recurso apenas para cumprimento do art. 113 do Código Penal Militar em relação ao reformado - Decisão unânime. (Apelação nº 5669/07 – Rel. Juiz Paulo A. Casseb- J. 16/11/2010)

Ementa: Embargos de Declaração em Apelação - Ministério Público na condição de “custos legis” não se confunde com parte processual - Legitimidade recursal discutível - Não obrigatoriedade de referência expressa na decisão judicial a manifestações ministeriais de cunho apenas opinativo - Inexistência da omissão alegada - Consumação do delito de *extorsão* - Improvimento do recurso - Decisão unânime. (Embargos de Declaração nº 182/11 – Rel. Juiz Paulo A. Casseb – J. 1/2/2011)

Indexação: *Extorsão* - Pretendida desclassificação para o crime de concussão - Inadmissibilidade - Hipótese em que há constrangimento mediante grave ameaça - Insuficiência probatória - Inocorrência. **Ementa:** Impossível a desclassificação do delito enquadrado no artigo 243 do CPM para o previsto no artigo 305 do mesmo diploma, em face da grave ameaça perpetrada pelos réus às vítimas. Solidez do conjunto probatório que torna indiscutível a prática criminosa por parte dos policiais militares. (Apelação nº 5296/04 – Rel. Juiz Fernando Pereira – J. 8/11/2005)

Indexação: Habeas Corpus - Suposta prática de *extorsão* - Indícios de autoria - Prisão preventiva - Pressuposto de garantia da ordem pública - Periculosidade do agente - Pedido de revogação da custódia cautelar - Descabimento - Persistentes os motivos ensejadores da medida - Ordem denegada. **Ementa:** Inexiste constrangimento ilegal, tampouco reveste-se de ilegalidade o decreto prisional quando devidamente motivado e calcado em fatos concretos extraídos da persecução penal. Destarte, não se vislumbra ato abusivo ou arbitrário perpetrado pelo juiz da causa. Demais questionamentos de mérito da ação penal em curso não comportam análise nos estreitos limites do “writ”. (Habeas Corpus nº 1969/07 – Rel. Juiz Paulo Prazak – J. 25/9/2007)

Indexação: Recurso Inominado - *Extorsão* em sua forma qualificada - Crime contra o patrimônio - Competência do juízo singular - Aplicação imediata de modificação constitucional alcançando novos feitos e aqueles em curso - Negado provimento ao recurso. **Ementa:** Conforme recente alteração no entendimento desta E. Corte quanto ao bem jurídico tutelado pela norma penal, em que se protege o patrimônio da vítima, a competência para processar e julgar os fatos cinge-se ao juízo singular, na forma do art. 125, § 5º da Constituição Federal, inserido pela Emenda Constitucional nº 45/04, norma de eficácia plena, de aplicabilidade imediata. (Recurso Inominado nº 4/08 – Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior – J. 8/5/2008)

Indexação: Extorsão. Qualificadoras. Roubo. Arma de fogo. Crime impossível. Aditamento à denúncia. Novo interrogatório. **Ementa:** Incide no crime de *extorsão qualificada* o policial militar que obtém indevida vantagem econômica constrangendo a vítima, mediante ameaça de morte, a praticar ato lesivo de seu patrimônio. Embora aplicáveis ao crime de extorsão as qualificadoras previstas para o crime de roubo, é vedado reconhecer a do emprego de arma se o crime é praticado por policiais militares no exercício das funções. É possível a consumação do crime se a Corregedoria da Polícia Militar limita-se a aguardar o seu cometimento, sem prévia instigação ou induzimento. Havendo aditamento à denúncia para nova adequação típica dos

fatos, se facultado às partes requerer diligências complementares, é desnecessária nova citação ou interrogatório. (Apelação nº 4806/00 – Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi – J. 21/5/2009)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Apelação - *Homicídio culposo* - Disparo em via pública - Inobservância das regras técnicas da profissão - Materialidade comprovada por meio de laudo de exame necroscópico - Autoria e nexos causal incontroversos - Laudo de exame de confronto balístico positivo - Legítima defesa putativa não configurada - Delito caracterizado - Prescrição da pretensão punitiva - Extinção da punibilidade - Recurso não provido. (Apelação nº 5962/09 – Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi – J. 11/8/2011)

Indexação: Apelação Criminal - *Homicídio culposo* - Inobservância das regras técnicas da profissão - Materialidade comprovada por meio de Laudo de Exame Necroscópico - Autoria e nexos causal incontroversos - Delito caracterizado - Recurso não provido. **Ementa:** Policial Militar tem conhecimento de regra técnica da profissão, porém a desconsidera ao não inspecionar espingarda a ser usada em exercício tático; efetua disparo contra colega de farda, causando-lhe lesões que o levaram a óbito. Materialidade, autoria e nexos causal incontroversos. Justificada a majoração da pena em seu máximo legal. Condenação mantida. (Apelação nº 5344/04 – Rel. Juiz Clóvis Santinon – J. 11/10/2007)

Indexação: Habeas Corpus - Policial Militar autuado em flagrante pela prática do delito de tentativa de *homicídio qualificado* - Ausência dos requisitos autorizadores da prisão preventiva - Concessão da liberdade provisória. **Ementa:** Apesar da certeza da autoria do delito, indicativa do “*fumus boni juris*”, não restou caracterizada de maneira inequívoca, a presença dos requisitos previstos no artigo 255 do CPPM, a confirmar o “*periculum in mora*”. Impossibilidade da manutenção da prisão preventiva. (Habeas Corpus nº 1812/05 – Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior – J. 28/4/2005)

Indexação: Conflito de Competência - *Homicídio* praticado por militar contra militar, ambos em atividade - Julgamento afeto à Justiça Castrense - Inteligência do artigo 9º, inciso II alínea “a” do CPM, que não sofreu alteração pela Lei 9299/96. **Ementa:** Compete à Justiça Militar Estadual processar e julgar crime de homicídio praticado por policial militar em atividade contra outro policial militar, em idêntica condição, ainda que fora da área sujeita à administração militar e por motivo particular, estranho ao serviço. Precedentes do STJ e STF. (Recurso Inominado nº 7/04 – Rel. Juiz Lourival Costa Ramos – J. 26/8/2004)

Indexação: *Homicídio* - Tiroteio ocorrido durante perseguição de militares integrantes de viatura de Rádio Patrulha a carro ocupado por assaltantes e reféns - Abandono do veículo pelos meliantes, que empreendem fuga a pé, sendo perseguidos também por viatura da ROTA, com troca de tiros - Ocupantes do veículo feridos mortalmente - Existência de excludentes de ilicitude - Possibilidade dos reféns terem sido alvejados pelos meliantes no interior do veículo - Dúvida que beneficia os apelantes - Absolvição

mantida. **Ementa:** Reconhecimento das excludentes da legítima defesa e do estrito cumprimento do dever legal, já que os policiais integrantes da ROTA efetuaram os disparos em reação aos tiros que recebiam, em defesa própria e dos companheiros, no pleno exercício da função policial militar. Os policiais militares que compunham a viatura de Rádio Patrulha desconheciam a existência de reféns no interior do veículo, tendo agido sobre o abrigo da excludente de legítima defesa - em face dos tiros disparados pelos assaltantes em sua direção, e da legítima defesa putativa - em relação aos reféns. (Apelação nº 5449/05 – Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior – J. 16/3/2006)

Indexação: Embargos Infringentes - **Homicídio** - Pleiteado o reconhecimento da violenta emoção - Admissibilidade - Reforma do V. Acórdão - Condenação por afronta ao artigo 205, § 1º do CPM - Homicídio privilegiado - Causa especial de minoração do quantum da pena - Embargos providos. **Ementa:** Depoimentos de testemunhas em Juízo comprovam o temperamento agressivo ostentado pelo ofendido. A acusada, face à humilhação suportada, diante da injusta provocação da vítima é tomada de violenta emoção, sendo levada à uma reação impetuosa, momentânea, tumultuada, a caracterizar o denominado homicídio privilegiado. (Embargos Infringentes e de Nulidade nº 45/07 – Rel. Juiz Paulo Prazak – J. 7/11/2007)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Sentença Condenatória - Apelo defensivo pugnando absolvição pela excludente do estado de necessidade - Denúncia imputou ao réu a prática do crime de *lesão corporal culposa* (art. 210, “caput”, do CPM) - Improcedência da alegação de que o projétil não partiu da arma do acusado - Laudos pericial e de confronto balístico atestaram de forma incontestes que o disparo originou-se da pistola que portava - Apelante faltou com a verdade na tentativa de negar a autoria do ilícito e agiu com manifesta culpa, descumprindo regras básicas contidas no Manual Técnico da Polícia Militar - Afastado o parecer da D. Procuradoria de Justiça que acatava a tese da defesa de excludente de ilicitude - Improvimento do recurso - Decisão unânime. (Apelação nº 6004/09 – Rel. Juiz Paulo A. Casseb – J. 30/11/2010)

Indexação: Apelação Criminal. Preliminar de nulidade do feito. Inépcia da inicial e inobservância de norma processual penal. Rejeição. *Lesão corporal*. Arguição de controvérsia da prova. Descabimento. Condenação mantida. **Ementa:** Não padece de vício a denúncia que traz descrição fática pormenorizada, permitindo plena compreensão da acusação, tampouco se aplica ao feito norma processual comum havendo dispositivo norteador da matéria, na legislação especial. Processo hígido. Condenação pela ofensa corporal de civil, durante abordagem policial, fundada em harmônica e vasta prova oral e pericial. (Apelação nº 6091/09 – Rel. Juiz Paulo Prazak – J. 18/11/2010)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Apelação - *Lesão corporal* - Preliminar de coisa julgada - Rejeitada - Competência absoluta da Justiça Militar para processar e julgar crimes militares - Inaplicabilidade da Lei nº 9.099/95 aos crimes militares - Materialidade e autoria comprovadas - Redução da pena - Afastadas circunstância

judicial de insensibilidade do réu e circunstância agravante do abuso de poder - Redução do período de prova do “sursis” - Recurso parcialmente provido. (Apelação nº 5896/08 – Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi – J. 19/5/2011)

Indexação: Apelação Criminal - *Lesões Corporais* - Inexistentes indícios de relação de nexos de causalidade entre ação dos acusados e lesões nas vítimas - Pleiteada condenação baseada em meras conjecturas - Absolvição mantida - Apelo ministerial improvido. **Ementa:** Não evidenciada relação de nexos de causalidade entre a ação dos policiais militares e lesões provocadas nas vítimas. Ademais, não se vislumbra por tudo que se deflui dos autos a existência de fato típico e antijurídico a ensejar um decreto condenatório. Absolvição mantida com fulcro no art. 439, alínea “e” do CPPM. (Apelação nº 5418/05 – Rel. Juiz Clóvis Santinon – J. 27/9/2007)

Indexação: Apelação Criminal - *Lesão Corporal* - Inexpressividade dos ferimentos - Lesões de natureza levíssima - Princípio da insignificância - Desclassificação para infração disciplinar - Aplicabilidade do § 6º do art. 209 do CPM - Negado provimento ao apelo ministerial - Absolvição mantida. **Ementa:** Embora reconhecida a materialidade e autoria da infração, a análise valorativa do contexto probatório inviabiliza um seguro juízo de reprovação. Constatada por meio de Laudo Pericial a natureza levíssima das lesões sustentadas pela vítima, resta caracterizada a presença de ínfima ofensa ao bem jurídico tutelado. Neste ponto, imperiosa a manutenção da decisão do juízo de origem. (Apelação nº 5515/06 – Rel. Juiz Paulo Prazak – J. 29/1/2009)

Indexação: Habeas Corpus - *Tráfico de drogas*, em tese - Alegação de falta de justa causa para a segregação carcerária - Improcedência - Medida devidamente fundamentada - Inexistência de ato abusivo ou arbitrário - Excesso de prazo da instrução criminal - Diligências requeridas pela defesa - Constrangimento ilegal não evidenciado - Curso regular do feito - Denegada a ordem. **Ementa:** Não se vislumbra ato abusivo ou arbitrário na manutenção do decreto prisional quando as situações permissivas da custódia, concernentes à conveniência processual foram devidamente fundamentadas pelo Juiz da causa. Retardo na prática de atos da instrução criminal provocado por diligências requeridas pela Defesa e não por descuro do órgão judicante, desnatura a presença de eventual constrangimento ilegal. Demais aspectos subjetivos trazidos à lume insuscetíveis de análise nesta estreita via, haja vista a necessária valoração de matéria de fato. (Habeas Corpus nº 2076/09 – Rel. Juiz Paulo Prazak – J. 19/2/2009)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Sentença condenatória - Denúncia imputou ao réu a prática do crime de *tráfico, posse ou uso de entorpecente* ou substância de efeito similar (art. 290, CPM) - Inaplicabilidade do princípio da insignificância na seara militar - Precedente do e. Supremo Tribunal Federal - Recurso improvido - Votação unânime. (Apelação nº 6187/10 – Rel. Juiz Paulo A. Casseb – J. 13/3/2012)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Sentença Condenatória - Apelo defensivo pugnando pela absolvição com fulcro no art. 439, alínea “a”, primeira parte, do Código de Processo Penal Militar - Denúncia imputou ao réu a prática do crime

de *tráfico, posse ou uso de entorpecente* ou substância de efeito similar (art. 290, CPM) - Condenação lastreada em depoimento contraditório de Oficial - Revelação de segredo de cadeado ao Oficial, que não diligenciou de imediato, afasta a certeza de que só o réu poderia ter acesso ao interior do armário - Declarações das demais testemunhas presenciais desprestigiaram a sua palavra - Conjunto probatório e a análise dos fatos induzem a dúvidas que levam a um cenário de insegurança e incerteza quanto a autoria do delito e a confirmação do édito condenatório - Reforma da r. sentença “a quo” - Absolvição do Apelante com base na alínea “e”, do art. 439, do CPPM - Provimento parcial do recurso - Votação unânime. (Apelação nº 5790/08 – Rel. Juiz Paulo A. Casseb – J. 26/4/2011)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Apelação Criminal - Condenação em Primeira Instância pela prática do crime previsto no **art. 290 do CPM** - Apelo pleiteando a absolvição nos termos da alínea “a”, primeira parte ou da alínea “c” do art. 439 do CPPM - Decisão de primeiro grau que abordou com propriedade todos os aspectos que cercaram a prática do crime - Conjunto probatório comprovando a conduta criminosa do apelante - Recurso de apelação que não comporta provimento. (Apelação nº 6263/10 – Rel. Juiz Fernando Pereira – J. 2/8/2011)

Matéria Cível

Inaplicabilidade das leis nº 6.880/80 E nº 8.429/92 – Fatos ocorridos sob a vigência do antigo RDPM

Ementa: Apelação Cível - Ação Ordinária - Policial *Militar* - Pedido de anulação de ato de expulsão com a conseqüente reintegração ao cargo - Higiene do processo administrativo - Independência das esferas penal, civil e administrativa - Inaplicabilidade das Leis nº 6.880/80 e nº 8.429/92 - Enquadramento da tipificação da conduta - Legalidade - Fatos ocorridos sob a vigência do R-2-PM e expulsão processada e fundada no RDPM - Não violação dos Princípios da Irretroatividade das leis - Respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa - Limites da discricionariedade administrativa e controle pelo Poder Judiciário - Regularidade do ato - Recurso improvido. (Apelação nº 1396/07 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi - j. 22/7/2010)

Distribuição exclusiva – Segunda auditoria – Possibilidade

Ementa: Apelação Cível - Policial *Militar* - Pedido de anulação de ato de demissão com a conseqüente reintegração ao cargo - Extinção do feito, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, IV, combinado com o art. 329, ambos do Código de Processo Civil - Preliminar de ilegalidade na distribuição rejeitada - Prescrição - Termo inicial - Publicação do ato - Art. 1º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932 - Recurso improvido. (Apelação nº 1611/08 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi - j. 24/2/2011)

Indexação: POLICIAL *MILITAR* - Instauração de PAD - Indeferimento de pedido de novo interrogatório - Suspensão requerida e negada em 1º grau - Apelo com Preliminar de ilegalidade de distribuição exclusiva - Rejeitada - Cerceamento de Defesa - Inocorrência - Princípio do Informalismo - Trâmite regular do processo disciplinar - Respeito aos corolários constitucionais - Provimento negado.

Ementa: O informalismo não significa dispor livremente da ordem procedimental preconizada nos documentos legais. O Administrador não está obrigado a conceder qualquer pleito de seu administrado, mormente quando intencionalmente não exercida a defesa da melhor maneira, seja por estratégia, seja por omissão. (Apelação nº 1626/08 - Rel. Juiz Paulo Prazak - j. 17/2/2011)

Ementa: POLICIAL *MILITAR* - Ação requerendo a anulação da decisão que demitiu a autora das fileiras da Polícia *militar* - Decisão de primeiro grau que julgou improcedente a demanda - Apelo buscando a reforma da Sentença reiterando os argumentos da inicial - Preliminar questionando a violação do princípio da alternância na distribuição - Competência do Tribunal para dispor sobre os órgãos jurisdicionais e administrativos - Distribuição das ações à 2ª Auditoria *Militar* que se

mostra regular - Preliminar rejeitada - Inexistência dos vícios apontados no processo administrativo disciplinar - Decisão lastreada em elementos colhidos na instrução - Imputabilidade da acusada plenamente reconhecida nos autos - Não cabe ao Judiciário substituir a Administração na aplicação de sanção disciplinar se ausente ilegalidade ou abuso de poder - Competência do Comandante Geral para estabelecer instruções complementares à interpretação, orientação e aplicação dos termos do Regulamento Disciplinar - Validade das I-16-PM - Processo administrativo disciplinar regido pelo princípio do informalismo - Inexistência de ofensa ao princípio do contraditório - Decisão da autoridade competente que não é vinculada aos pareceres ofertados - Defesa em sede de processo administrativo disciplinar exercida por Oficial PM - Possibilidade - Súmula Vinculante nº 5 do STF - Ausência da demonstração de prejuízo à estratégia da defesa da acusada - Princípio “pas de nullité sans grief” - Inocorrência de vulneração do devido processo legal - Ausência de previsão legal sobre manifestação de órgão de consultoria jurídica - Razoável duração do processo administrativo - Sanção aplicada pela autoridade competente observados os princípios da legalidade e da proporcionalidade - Recurso não provido. (Apelação nº 1559/08 - Rel. Juiz Fernando Pereira - j. 11/3/2011)

Excesso de execução – Lei nº 11.960/09 – Base de cálculo

Ementa: POLICIAL *MILITAR* - Embargos à execução em Ação Ordinária opostos pela Fazenda Pública para o reconhecimento de excesso de execução - Procedência parcial em primeira instância - Determinação para que os cálculos fossem refeitos para aplicação de juros moratórios com índice de 0,5% ao mês sobre o valor principal bruto - Apelos recíprocos - Integram a indenização decorrente da reintegração do policial *militar* todos os vencimentos e vantagens pecuniárias de seu cargo, incluindo férias, verbas previdenciárias e de assistência médica - Incidência de juros moratórios sobre a contribuição previdenciária e assistência médica - Pretensão à exclusão destas verbas no cômputo dos juros - Inadmissibilidade - Base de cálculo - Valor bruto - Remuneração pertencente ao autor - Art. 406 do Código Civil - Existência de regulamento específico - A partir da vigência da Lei 11.960, de 29/6/2009, os juros e a correção monetária são contados com base no disposto nessa lei, que alterou a redação do art. 1º-F da Lei 9.494/97 - Inexistência de violação à coisa julgada e à necessária correlação entre pedido, causa de pedir e sentença - Apelo da Fazenda Pública e do embargado desprovidos. (Apelação nº 1939/09 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi - j. 27/10/2011)

Ação ordinária – Mandado de segurança anterior – Coisa julgada

Ementa: Apelação Cível - Policial *Militar* - Pedido de anulação de ato de demissão com a conseqüente reintegração ao cargo - Mandado de Segurança anteriormente impetrado com os mesmos elementos (partes, pedido e causa de pedir), já decidido por sentença transitada em julgado - Verificação de coisa julgada - Recurso improvido. Decisão: “A e. Segunda Câmara do TJME, à unanimidade de votos, não conheceu

do agravo retido e negou provimento ao apelo interposto, de conformidade com o relatório e voto do e. relator, que ficam fazendo parte do acórdão”. (Apelação nº 1210/07 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi - j. 7/10/2010)

Reintegração

“POLICIAL MILITAR – Expulsão – Alegação de violação aos princípios do processo administrativo – Teoria dos Motivos Determinantes – Ato Discricionário e Ato Arbitrário – Vício de Motivação – Danos morais não comprovados – Reintegração concedida – Apelo provido. Imprescindível a regular motivação da pena disciplinar para sua validade. Existente vício de motivo, permitida e necessária a rediscussão do ato administrativo na esfera judicial, por tratar-se de análise de legalidade.” (TJMSP - Segunda Câmara – Apelação nº 1.993/10 Rel. Juiz Paulo Prazak – m.v. – J. 26/4/2012)

“POLICIAL MILITAR – Demissão – Reintegração em 1º grau – Apelo Fazendário – Teoria dos Motivos Determinantes – Ato Discricionário e Ato Arbitrário – Vício de Motivação – Confirmação da Sentença – Provimento negado – Danos Morais não caracterizados – Recurso Adesivo negado. A Administração Pública norteia-se pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, atuando ambos como limitadores de sua discricionariedade. Existente vício de motivação, permitida e necessária a rediscussão do ato administrativo na esfera judicial.” (TJMSP – Segunda Câmara - Apelação nº 1.985/10 - Rel. Juiz Paulo Prazak – v.u. - J. 26/4/2012)

“POLICIAL MILITAR - Ação ordinária - Pedido de anulação do ato de demissão exarado pelo Comandante Geral - Julgamento em Primeira Instância que considerou procedente a ação - Apelo da Fazenda Pública buscando a reforma da Sentença - Apelo do autor buscando reforma com promoção de posto nos termos da Lei Estadual nº 5.451/86 - Existência de diferentes laudos confeccionados por entidade apta apontando ser o acusado inimputável à época dos fatos que causaram sua exclusão das fileiras da Corporação - Laudo que aponta ser o periciado portador de transtorno de personalidade de origem constitucional não contrariado pelas demais perícias - Inaplicabilidade da Lei Federal nº 6.880/80 - Recursos de apelação que não comportam provimento” (TJMSP – Primeira Câmara - Apelação Cível nº 2367/11 – Rel. Juiz Fernando Pereira – m.v. – J. 17/1/2012)

“Indexação: POLICIAL MILITAR - Expulsão - Reintegração em 1º grau - Apelo Fazendário - Absolvição Criminal por negativa de autoria - Repercussão na esfera administrativa - Teoria dos Motivos Determinantes - Ato Discricionário e Ato Arbitrário - Vício de Motivação - Confirmação da Sentença - Provimento negado. Ementa: Ante à absolvição penal por negativa de autoria, e inexistente falta residual a permitir punição disciplinar, aplica-se o art. 138, § 3º da Constituição Bandeirante. Existente vício de motivação, permitida e necessária a rediscussão do ato administrativo na esfera judicial” (TJMSP – Segunda Câmara – Apelação Cível nº 1514/07 – Rel. Juiz Paulo Prazak – m.v. – J. 15/7/2010)

Indexação: “Direito constitucional, administrativo e processual civil. Policial Militar. Expulsão. Nulidade do ato administrativo. Reintegração. Apelação Cível. Recurso provido. **Ementa:** A inicial acusatória no processo administrativo deve descrever as circunstâncias fáticas (ações ou omissões) e respectivos dispositivos legais (tipificação) administrativo-disciplinares, não se confundindo com os pressupostos constantes da denúncia Ministerial ofertada pela concomitante prática de crime pelo autor. A absolvição na seara criminal, por não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal, deve repercutir no âmbito administrativo, vez que o crime cometido foi o fato ensejador do ato administrativo, levado a efeito com a expulsão do autor. E, em consequência, a nulidade do ato administrativo” (TJMSP – Segunda Câmara – Apelação Cível nº 1006/07 – Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior – m.v – J. 18/10/2007)

“**Ação Ordinária – Policial Militar – DEMISSÃO** – inexistência de resíduo administrativo – fato atípico na esfera penal – sentença de procedência mantida – apelo improvido – decisão administrativa anulada por ausência de correlação entre a acusação e a decisão final. (TJMSP – Primeira Câmara – Ação Declaratória nº 1604/08 – Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho – un. – J. 1/3/2011).

Reintegração – Prescrição quinquenal – Decreto nº 20.910/32

Ementa: Apelação Cível - Policial Militar - Pedido de anulação de ato de demissão com a consequente reintegração ao cargo - Prescrição - Art. 1º do Decreto nº 20.910, de 6 de janeiro de 1932 - Termo inicial - Publicação do ato - Recurso improvido. (Apelação nº 1711/08 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi - j. 5/5/2011)

Indexação: POLICIAL MILITAR. Ação ordinária com pedido de antecipação de tutela, que foi negada em primeiro grau. Sentença que reconheceu a ocorrência da prescrição. Apelação. Alegação defensiva de que o ato administrativo de expulsão ocorreu após a ultrapassagem do prazo quinquenal, à vista do e. STJ ter declarado a prescrição da pretensão punitiva no âmbito criminal. Recurso não provido. Mantida a sentença. **Ementa:** É de cinco anos o prazo prescricional a todo e qualquer direito de ação, de qualquer natureza, contra a Fazenda Pública, nos termos do Decreto 20.910/32. O instituto da prescrição trabalha a relação tempo “versus” exercício dos direitos, ou seja, a extinção da via judicial defensiva do direito material agredido, pela não atuação do interessado, no prazo legal. (Apelação nº 2600/11 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior - j. 29/3/2012)

Ementa: POLICIAL MILITAR. Mandado de segurança com pedido liminar. Apelação. Requerimento da Defesa de revisão do processo de Conselho de Disciplina, indeferido pela Administração. Sentença que reconheceu a ocorrência da prescrição. Alegação defensiva de que a Administração pode rever seus próprios atos, a qualquer tempo. É de cinco anos o prazo prescricional a todo e qualquer direito de ação, de qualquer natureza, contra a Fazenda Pública, nos termos do Decreto 20.910/32.

O instituto da prescrição trabalha a relação tempo “versus” exercício dos direitos, ou seja, a extinção da via judicial defensiva do direito material agredido, pela não atuação do interessado, no prazo legal. Recurso não provido. Mantida a sentença. (Apelação nº 2615/11 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior - j. 12/1/2012)

Ementa: POLICIAL *MILITAR* - Pedido de anulação de ato de expulsão com a consequente reintegração ao cargo - Inequívoca ocorrência da prescrição quinquenal - Inteligência do Decreto 20.910/32 - Inexistência de eventual hipótese de incidência de fator interruptivo da contagem prescricional - O Decreto-lei 260/70 foi recepcionado pela CF de 1988 - Improvimento do recurso - Decisão unânime. (Apelação nº 1485/07 - Rel. Juiz Paulo A. Casseb - j. 19/10/2010)

Semi-imputabilidade – Pedido de reforma administrativa

Ementa: Ação Ordinária - Policial *Militar* - transgressão disciplinar - DEMISSÃO - alegada semi - imputabilidade - pedido de reforma administrativa - sua capacidade de discernimento diminuída não lhe retirou a condição de se autodeterminar - recusou-se a se submeter a tratamentos - a análise dos laudos periciais permitem a conclusão de que não se encontrava de serviço à época da transgressão, que a moléstia não foi causada, ou agravada, pelo exercício da profissão - sentença improcedente - apelo improvido. (Apelação nº 1229/07 - Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho - j. 19/10/2010)

Lei nº 10.177/98 – Inaplicabilidade

Ementa: Mandado de Segurança - Policial *Militar* - CONSELHO DE DISCIPLINA - não aplicabilidade da Lei 10.177/98 porquanto existente norma especial incidente sobre procedimentos envolvendo servidores públicos *militares* - incompetência da autoridade administrativa para editar instruções normativas - não constatada em face da interpretação constitucional sistemática - não submissão de peritos, testemunhas e advogados aos comandos das I-16-PM - deveres e direitos destes profissionais, no exercício de suas respectivas funções, estabelecidos em normas próprias - regularidade do rito pelo qual se processou o policial *militar* - sentença de improcedência mantida - apelo improvido. (Apelação nº 2076/10 - Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho - j. 7/2/2012)

Decisão final administrativa - Irrecorribilidade – Lei Complementar nº 915/02 – Inconstitucionalidade não declarada

Ementa: Ação Ordinária - Policial *Militar* - Demissão - Recorribilidade da decisão final administrativa - impossibilidade - Inconstitucionalidade da Lei Complementar 915/02 - não declarada - O duplo grau de jurisdição constitui mera previsão constitucional e não garantia de recorrer do vencido em demanda judicial ou

administrativa - causa de pedir não apta a sustentar o pedido da demanda - ausência de condição da ação - improcedência do pedido sem resolução de mérito. (Apelação nº 950/06 - Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho - j. 27/10/2009)

Absolvição criminal – Existência de resíduo administrativo disciplinar

Ementa: Mandado de Segurança - Policial *Militar* - EXPULSÃO - Nulidade - absolvição criminal por não constituir, o fato, infração penal - resíduo administrativo - Súmula 18 do STF - Nulidade por cerceamento de defesa - indeferimento de prova - instauração de incidente de sanidade mental - decisão fundamentada e motivada - não evidenciado abuso de poder ou desvio de finalidade - sentença mantida - apelo improvido. (Apelação nº 1699/08 - Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho - j. 22/2/2011)

Ementa: Policial *Militar* - EXPULSÃO - Absolvição em Processo Crime por insuficiência de provas - Reintegração ao cargo nos termos do artigo 138, §3º, da Constituição Estadual - impossibilidade - somente a negativa de autoria ou a inexistência do fato poderiam ensejar a procedência do pedido - sentença mantida - apelo improvido. (Apelação Nº 1061/07 - Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho - j. 21/9/2010)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Pedido de anulação de ato de demissão com a consequente reintegração ao cargo - Independência entre as esferas administrativa e penal - Irrelevância da absolvição criminal com fulcro no art. 386, inciso VI, do Código de Processo Penal - Inteligência do art. 935 do Código Civil e da Súmula 18 do Supremo Tribunal Federal - Inaplicabilidade, “*in casu*”, do art. 138, § 3º da Constituição do Estado - Inexistência de violação aos princípios da legalidade, da moralidade, da finalidade e da publicidade - Improvimento do recurso - Votação unânime. (Apelação nº 1797/08 - Rel. Juiz Paulo A. Casseb - j. 10/5/2011)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Pedido de anulação de ato de expulsão com a consequente reintegração ao cargo - Rejeição das preliminares arguidas - Inconteste a competência da Justiça *Militar* - Irrelevância da absolvição criminal nos termos do art. 439, alínea “b” do CPPM - Independência entre as esferas administrativa e penal - Cumulação de responsabilidades - Inteligência do art. 935 do Código Civil e da Súmula 18 do STF - Inaplicabilidade do art. 138, § 3º da Constituição Paulista -- Inexistência de violação ao art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal - Improvimento do recurso - Decisão unânime. (Apelação nº 1288/07 - Rel. Juiz Paulo A. Casseb - j. 17/8/2010)

Absolvição criminal – Inexistência de resíduo administrativo disciplinar

Ementa: POLICIAL MILITAR - Mandado de segurança - Decisão absolutória criminal - Negativa de autoria - Mesmos fatos - Repercussão obrigatória no âmbito

administrativo disciplinar - Negado provimento. (Apelação nº 2155/10- Rel. Juiz Clóvis Santinon - j. 29/3/2012)

Reintegração – Possibilidade

Indexação: POLICIAL MILITAR - Demissão - Reintegração em 1º grau - Apelo Fazendário - Teoria dos Motivos Determinantes - Ato Discricionário e Ato Arbitrário - Vício de Motivação - Confirmação da Sentença - Provimento negado. **Ementa:** A Administração Pública norteia-se pelos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, atuando ambos como limitadores de sua discricionariedade. Existente vício de motivação, permitida e necessária a rediscussão do ato administrativo na esfera judicial. (Apelação nº 1509/07 - Rel. Juiz Paulo Prazak - j. 15/7/2010)

Excesso de rigor na punição – Provas favoráveis ao acusado

Indexação: POLICIAL MILITAR. Ação ordinária. Apelação da Fazenda. Policial apenado com dois dias de permanência disciplinar por ter praticado infração de trânsito. Sentença que deu provimento ao pedido. Alegação de excesso de rigor na aplicação da sanção administrativa, baseada em provas que foram totalmente favoráveis ao Acusado. Hipótese excepcional que comporta revisão judicial porque o ato transborda os limites do razoável em sua motivação. Ferimento ao princípio da legalidade. Recurso não provido. Mantida a sentença. **Ementa:** Inexistindo correspondência lógica entre o fato e o fundamento da punição aplicada, tornando o ato carente de motivação adequada, de rigor a anulação da decisão administrativa. (Apelação nº 2115/10- Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior - j. 12/1/2012)

Indeferimento de diligência – Possibilidade

Ementa: POLICIAL MILITAR - Mandado de Segurança com pedido liminar para suspensão e posterior anulação de Conselho de Disciplina - Indeferimento da liminar em primeiro grau - Sentença que negou a segurança e extinguiu o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 269, I do CPC - Apelo requerendo reforma da Sentença - Alegação de cerceamento de defesa pelo indeferimento de produção de provas testemunhal e pericial na seara administrativa - O regular controle da atividade processual, pelo órgão que dirige o processo, a fim de se evitar abusos, consistente no indeferimento de produção de provas meramente procrastinatórias ou impertinentes não configura constrangimento ilegal, tampouco cerceamento de defesa - Recurso não provido. Mantida a sentença. (Apelação nº 2010/10 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior - j. 12/1/2012)

Ementa: POLICIAL MILITAR. Ação Ordinária. Agravo retido. Indeferimento de oitiva de testemunha. Inexiste ferimento ao princípio da ampla defesa, quando o Magistrado usa o seu poder instrutório de indeferir prova considerada inócua, assim

como diligências inúteis ou protelatórias, em prol da celeridade e justa solução processual, manifestando suas razões de decidir. Policial apenado com sanção de expulsão. Sentença que negou provimento ao pedido. Apelação. Alegação de vício de inconstitucionalidade, ferimento aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, tipicidade e ampla defesa e contraditório. A falta de defesa técnica no processo administrativo, não ofende a Constituição Federal. O acusado defende-se de fatos reputados como ilícitos e não da tipificação contida na inicial acusatória. O novo interrogatório, na forma do art. 196 do CPP, com a nova redação dada pela Lei nº 10.792/03, é faculdade do juiz e não direito do acusado. A teoria do risco administrativo não permite que o Estado seja responsabilizado, de forma automática, a indenizar por danos morais, em virtude de uma decisão reputada como inadequada. Recurso não provido. Mantida a Sentença. (Apelação nº 2506/11 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior - j. 1/3/2012)

Ementa: POLICIAL *MILITAR* - Mandado de segurança - Processo administrativo disciplinar - Laudo de exame de sanidade mental realizado - Imputável - Suspensão do feito administrativo requerida enquanto perdurar a licença para tratamento de saúde do impetrante - Desnecessidade - Indeferimento - Policial *militar* em condições de acompanhar e comparecer a todos os atos processuais - Decisão devidamente fundamentada - Negado provimento. (Apelação nº 2120/10 - Rel. Juiz Clóvis Santinon - j. 2/4/2012)

Ementa: POLICIAL *MILITAR* - Mandado de Segurança - Atualização dos assentamentos individuais do acusado - Juntada aos autos do feito administrativo de documentos que atestam seu afastamento médico - Análise ao final da instrução - Preservação dos direitos do acusado - Inexigibilidade de interrupção do feito para restituição à autoridade instauradora - Indeferimento de perícia requerida - Suficiência dos fundamentos apresentados pela autoridade impetrada - Entendimento pelas testemunhas quanto ao teor das palavras proferidas pelo acusado na ocorrência - Reduzida eficácia do exame pretendido - Recurso não provido. (Apelação nº 1512/07 - Rel. Juiz Fernando Pereira - j. 8/6/2010)

Laudo de exame de sanidade mental – Existência de fundada dúvida nos autos acerca da imputabilidade do acusado

Ementa: POLICIAL *MILITAR* - Mandado de segurança - Processo Administrativo Disciplinar - Laudo de Exame de Sanidade Mental - Existência de fundada dúvida nos autos acerca da imputabilidade do acusado - Deferimento. Denegada a segurança e cassada a liminar na sentença - Recebimento de apelo no efeito suspensivo - Impossibilidade. Juntada de prontuário do Policial *Militar* acusado aos autos do Conselho de Disciplina - Providência que cabe ao próprio interessado - Negado provimento. (Apelação nº 2144/10 - Rel. Juiz Clóvis Santinon - j. 2/4/2012)

Mandado de Segurança – Rediscussão dos Fatos – Via Inadequada

Ementa: Mandado de Segurança - Denegação da segurança e manutenção da liminar em primeiro grau para suspensão da aplicação da punição de Permanência Disciplinar até o trânsito em julgado - Policial *Militar*, atuando como motorista de viatura policial, que fora punido disciplinarmente por ter dado causa à colisão que envolveu duas viaturas - Sindicância em que foram respeitados os princípios da ampla defesa e contraditório - Ausência de liquidez e certeza quanto ao direito invocado - Via eleita inadequada para aprofundada produção de provas - Recurso não provido. (Apelação nº 1047/07 - Rel. Juiz Clóvis Santinon - j. 9/12/2009)

Nomeação de defensor *ad hoc* – Possibilidade – Decreto nº 13.657/43 e Lei Complementar nº 893/01 – Alegação de tipificação mais gravosa – Inocorrência

Ementa: Ação ordinária - Policial *Militar* - Conselho de Disciplina - Nulidade do ofício de convocação - Alegação de falta de fundamentação para instauração do feito disciplinar - Inexistência - Descrição fático/jurídica suficiente. Violação de princípios constitucionais - Inocorrência. Nomeação de defensor “ad hoc” diante da ausência injustificada do defensor constituído - Possibilidade. Cerceamento de defesa - Inocorrência - Decreto nº 13.657/43 e Lei Complementar nº 893/01 - Alegação de tipificação mais gravosa - Inocorrência. Negado provimento. (Apelação nº 2122/10 - Rel. Juiz Clóvis Santinon - j. 12/4/2012)

Decisão fundamentada – Possibilidade – Não obrigatoriedade de defesa técnica – Súmula vinculante nº 5 do STF

Ementa: POLICIAL *MILITAR* - Demissão - Alegação de contradição entre decisão e provas - Afastamento - Igualdade não violada - Princípios da Atipicidade e do Informalismo - Regular trâmite do processo administrativo - Higiene do Conselho de Disciplina - Poder Discrecional do Administrador - Devida publicidade e motivação - Não obrigatoriedade de defesa técnica - Inteligência da Súmula Vinculante nº 5 do STF - Respeito à razoabilidade e proporcionalidade - Provimento negado. (Apelação nº 1310/07 - Rel. Juiz Paulo Prazak - j. 22/7/2010)

Ementa: POLICIAL *MILITAR* - Pedido de anulação de ato de expulsão e consequente reintegração ao cargo - Alegação de prejuízo pela inobservância dos arts. 159 e 160 das I-16-PM e pela ausência de defensor no interrogatório - Inocorrência - Realização de novo ato na presença de advogado constituído pelo miliciano - Regularidade do Conselho de Disciplina instaurado - Aplicação dos princípios do informalismo e “pas de nullité sans grief” - Respeito ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa - Improvimento do recurso - Decisão unânime. (Apelação nº 1382/07 - Rel. Juiz Paulo A. Casseb - j. 27/7/2010)

Inaplicabilidade da Lei nº 6.880/80 – Constitucionalidade do Decreto nº 37.111/93

Ementa: POLICIAL *MILITAR* - Pedido de anulação de ato de expulsão e consequente reintegração ao cargo - Improcedência da alegação de nulidade por ausência de defesa técnica e contemplatividade do defensor técnico - Inteligência da Súmula vinculante nº 5 do Supremo Tribunal Federal e da Lei nº 11.417/06 - Inexistência de prejuízo e de violação ao art. 5º, incisos LIV e LV da Constituição Federal - Regularidade do procedimento administrativo disciplinar - Inaplicabilidade da Lei nº 6.880/80 - Reconhecimento da competência legislativa estadual suplementar sobre garantias da Polícia *Militar* - Constitucionalidade do Decreto nº 37.111/93 - Independência entre as esferas - Improvimento do recurso - Decisão unânime. (Apelação nº 1266/07 - Rel. Juiz Paulo A. Casseb - j. 13/7/2010)

Falecimento após ato demissório – Descabimento do direito de pensão – Inaplicabilidade do Estatuto dos Militares

Indexação: POLICIAL *MILITAR* - Falecimento após ato demissório - Descabimento do direito de pensão - Higidez do Processo Disciplinar Sumário - Respeito ao princípio da publicidade - Inaplicabilidade do Estatuto dos *Militares* - Devida motivação - Provimento negado. **Ementa:** É suficiente a publicação em Boletim Geral para a validade dos atos exclusórios. Sendo legal a exclusão, é vedado ao Poder Judiciário pronunciar-se sobre a conveniência, justiça ou oportunidade da aplicação da pena, pois tais questões prendem-se ao mérito administrativo. (Apelação nº 1484/07 - Rel. Juiz Paulo Prazak - j. 7/10/2010)

Sanções disciplinares ainda pendentes de recursos – Impossibilidade de registro nos assentamentos individuais

Ementa: POLICIAL *MILITAR* - Transcrição nos registros funcionais de sanções disciplinares ainda pendentes de recursos - Decisão de primeiro grau que julgou procedente em parte a ação para determinar a transcrição somente após a solução dos recursos disciplinares - Apelo da Fazenda Pública sustentando a regularidade do ato praticado - Transcrição que tinha por objetivo registrar todos os atos relativos à vida funcional do policial *militar* - Inexistência de irregularidade e/ou ilegalidade - Posterior edição de novas normas pela Administração que acolhiam justamente o pleiteado pelo autor da presente ação - Acolhimento do recurso de apelação resultaria em flagrante contradição - Recurso não provido. (Apelação nº 1818/09 - Rel. Juiz Fernando Pereira - j. 9/9/2010)

Suspensão de procedimento administrativo disciplinar – Não cabimento

Ementa: POLICIAL *MILITAR* - Mandado de Segurança - Pretensão de suspensão de Procedimento Administrativo Disciplinar com base na aplicação por analogia

de dispositivo do Regulamento Disciplinar - Não cabimento - Dispositivo que cuida unicamente de interrupção dos prazos para apresentação pela Administração *Militar* da solução nos Procedimentos Disciplinares - Não previsão de interrupção do Procedimento Administrativo Disciplinar em casos de afastamento regular dos acusados - Silêncio eloquente da legislação e das I-16-PM - Recurso não provido. (Apelação nº 1872/09 - Rel. Juiz Fernando Pereira - j. 31/8/2010)

Semi-imputabilidade - Atenuação da pena – Reforma “ex-officio” com proventos proporcionais – Legalidade – decisão final não vinculada ao parecer

Ementa: POLICIAL *MILITAR* - Pedido de anulação de ato de reforma administrativa disciplinar com a consequente reversão ao serviço ativo ou reforma com proventos integrais - Cometimento de transgressão disciplinar de natureza grave - Incompatibilidade com a função pública - Semi-imputabilidade - Atenuação da pena - Reforma “*ex-officio*” com proventos proporcionais - Legalidade - Cerceamento ao contraditório - Inocorrência - Decisão final em Conselho de Disciplina não se vincula aos pareceres anteriores desde que fundamentada - Vulneração do devido processo legal - Inocorrência - Ausência de previsão legal sobre manifestação de órgão de consultoria jurídica - Recurso não provido. (Apelação nº 1351/07 - Rel. Juiz Fernando Pereira - j. 14/9/2010)

Agravo de instrumento – Manifesta improcedência

Ementa: POLICIAL *MILITAR* - Agravo de instrumento que teve negado seu seguimento - Manifesta improcedência - Declaração de nulidade da Sentença e não do processo - Art. 113, § 2º, do CPC - Declaração de incompetência absoluta só atinge os atos decisórios e não os de instrução do feito - Agravo regimental que busca modificar a referida decisão - Argumentos que não alteram o referido entendimento - Agravo improvido. (Agravo regimental nº 112/11- Rel. Juiz Fernando Pereira - j. 15/3/2011)

Reintegração - Competência originária do TJM

Ementa: Ação ordinária. Pedido de reintegração à Polícia *Militar*. Perda de graduação de praça decretada pelo Tribunal de Justiça *Militar* Estadual. Acórdão transitado em julgado. Natureza judicial da decisão. Indeferimento da inicial. Competência da Segunda Instância para apreciar a ação. Agravo regimental não provido. (Agravo regimental nº 123/11 - Rel. Juiz Clóvis Santinon - j. 19/10/2011)

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL CÍVEL - Interposição diante de decisão que negou seguimento a recurso - Apelação que pretendia questionar decisão monocrática que julgou extinta ação ordinária pleiteando modificar julgado deste Tribunal de Justiça *Militar* em processo de Conselho de Justificação - Indeferimento com base no art. 557,

“caput” do CPC, por sua manifesta improcedência - Decisão homologada - Recurso não provido. (Agravo regimental nº 41/08 - Rel. Juiz Fernando Pereira - j. 19/3/2008)

Decisão suficientemente fundamentada

Ementa: POLICIAL *MILITAR* - Embargos de Declaração convertido em Agravo Regimental - Regra do art. 134 e seguintes do RITJMSP - Jurisprudência - Contrariedade entre citação doutrinária e dispositivo decisório - Inexistência - Omissão acerca de questão trazida em razões recursais - Desnecessidade do órgão julgador discorrer sobre todos os argumentos - Fundamentação suficiente - Pretensão de reexame de matéria já decidida - Impossibilidade - Via eleita inadequada - Agravo que não comporta provimento. (Agravo regimental nº 134/12 - Rel. Juiz Clóvis Santinon - j. 8/3/2012)

Competência do Juiz Relator – Para admitir os embargos infringentes

Ementa: POLICIAL *MILITAR* - Embargos Infringentes - Juízo de admissibilidade exercido pelo prolator do acórdão - Embargos admitidos - Seguimento negado pelo novo Relator sorteado - interposição de Agravo Regimental - Ainda que recebidos os embargos infringentes pelo relator do acórdão embargado, nada impede o novo relator, de realizar outro exame de admissibilidade recursal, notadamente porque é ele agora o detentor da competência para análise de todos os pressupostos do recurso, que podem inclusive ser examinados de ofício, amparado pelo art. 557 do Código de Processo Civil. Recurso improvido. (Agravo regimental nº 126/11 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior - j. 26/10/2011)

Ementa: POLICIAL *MILITAR* - Agravo Regimental em reclamação contra decisão que negou seguimento à ação - reclamação ajuizada para assegurar a autoridade do julgado que atribuiu natureza administrativa à decisão que decretou a perda do posto e patente no conselho de justificação nº 135/03 - alegação de ofensa ao fundamento da decisão - inadmissibilidade - “*res judicata*” restrita ao dispositivo do julgado, e não à sua fundamentação - inaplicabilidade da teoria da transcendência dos motivos determinantes - ausência de eficácia vinculante e efeitos “*erga omnes*” da decisão proferida nos casos-paradigma - descabimento da reclamação por alegado desrespeito à autoridade das decisões de referidos julgados - utilização inadequada do instrumento reclamatório - conseqüente extinção anômala do processo de reclamação - agravo regimental não provido. (Agravo regimental nº 130/12 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi - j. 8/2/2012)

Indeferimento de tutela antecipada

Ementa: Agravo Regimental Cível interposto contra decisão que negou seguimento a Agravo de Instrumento contra decisão que indeferiu pedido de tutela antecipada

no sentido de reintegrar o Agravante à Polícia *Militar* - instituto jurídico não afeto a todas as demandas - exigência de preenchimentos de seus requisitos específicos - verossimilhança das alegações não comprovada - improcedência manifesta - agravo de instrumento com seguimento obstado monocraticamente - decisão fundamentada mantida - agravo regimental improvido. (Agravamento regimental nº 125/11 - Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho - j. 18/10/2011)

Desligamento de aluno do curso de formação de oficiais – Ato disciplinar

Indexação: Agravo Regimental Cível - Decisão interlocutória que nega seguimento a Agravo de Instrumento Cível - Ato administrativo de desligamento de aluno do curso de formação de oficiais - Competência da Justiça *Militar* - Inteligência do artigo 125, § 5º, da Constituição Federal. **Ementa:** O desligamento do impetrante é considerado ato disciplinar *militar* por possuir caráter sancionatório, vez que relacionado à segregação carcerária imposta ao mesmo. (Agravamento regimental nº 13/06 - Rel. Juiz Paulo Prazak - j. 10/5/2006)

Concessão de liminar – Matéria de mérito

Indexação: Agravo Regimental Cível. Pretendida reforma de despacho interlocutório para concessão de liminar e o prosseguimento de Agravo de Instrumento. Não provimento. **Ementa:** Não enseja reforma a decisão que indefere liminar, quando não há prova inequívoca de ilegalidade ou abuso de poder, mormente quando se constata que o cerne da discussão promovida pelo interessado é a legalidade do procedimento administrativo que originou punição administrativa, matéria de mérito da Ação Ordinária. (Agravamento regimental nº 113/11 - Rel. Juiz Paulo Prazak - j. 10/3/2011)

Embargos de declaração – Não demonstrados o ponto controvertido e a omissão – Rediscussão de questões – Cabimento de habeas corpus em matéria disciplinar

Ementa: Agravo Regimental em Embargos de Declaração opostos em Agravo de Instrumento - Interposição decorrente de decisão que não conheceu dos embargos por não terem sido demonstrados adequadamente o ponto controvertido e a omissão alegada - Impossibilidade de rediscussão de questões já apreciadas no acórdão atacado - Cabimento de “Habeas Corpus” em matéria disciplinar - Possibilidade de aplicação por analogia da novel legislação do Mandado de Segurança em “Habeas Corpus” Civil - Inexistência de violação ao princípio do Juiz Natural - Decisão homologada a unanimidade - Recurso improvido. (Agravamento regimental nº 78/10 - Rel. Juiz Paulo A. Casseb - j. 23/2/2010)

Indeferimento de diligência desnecessária – Possibilidade

Ementa: Agravo de Instrumento em Ação Ordinária - Indeferimento de exame de audiometria - Desnecessidade da diligência - Requerimento de reforma administrativa por incapacidade física - Matéria estranha ao objeto da ação e à competência da Justiça *Militar* - Inocorrência de cerceamento de defesa - Negado provimento ao agravo. (Agravo de instrumento nº 118/08 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi - j. 30/10/2008)

Ementa: POLICIAL *MILITAR*. Ação Ordinária de reintegração. Agravo de Instrumento pleiteando a reforma da decisão que indeferiu a realização de novo exame de sanidade mental e juntada de documentos. O regular controle da atividade processual, consistente no indeferimento de produção de provas meramente procrastinatórias ou impertinentes não configura constrangimento ilegal, tampouco cerceamento de defesa. Os médicos do Hospital da Polícia *Militar* são aptos a realizar exames e emitir laudos aos componentes da Corporação. Recurso não provido. Mantida a decisão. (Agravo de instrumento nº 283/11 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior - j. 1/2/2012)

Reintegração - Competência originária do TJM

Ementa: Mandado de Segurança - Policial *Militar* inativo - Perda de graduação decretada pelo Tribunal - Decisão de Primeira Instância declinatoria da competência - Agravo de Instrumento interposto pela Fazenda Pública do Estado - Conversão da impetração em Reclamação - Competência originária do Tribunal - Negado provimento ao recurso. (Agravo de instrumento nº 92/08 - Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho - j. 1/4/2008)

Decisão que exige Comprovação de penúria – Irrecorribilidade

Ementa: Agravo de Instrumento em Mandado de Segurança - Decisão que denega ou concede liminar em Mandado de Segurança - Despacho que exige a comprovação de penúria do requerente para a análise da concessão de justiça gratuita a oficial da polícia *militar* - Não se conhece do agravo de instrumento por incabível. (Agravo de instrumento nº 45/06 - Rel. Juiz Clóvis Santinon - j. 21/9/2006)

Sentença reintegratória – Execução imediata - Impossibilidade

Ementa: POLICIAL *MILITAR* - Ação ordinária - Sentença de Primeiro Grau que determinou a reintegração imediata - Impossibilidade - Vedada a execução provisória da decisão “a quo” sem o reexame necessário - Apelo deve ser recebido em ambos os efeitos. Concedido o efeito suspensivo ativo ao Agravo de Instrumento. (Agravo de instrumento nº 47/06 - Rel. Juiz Clóvis Santinon - j. 17/8/2006)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Mandado de Segurança pugnando pela anulação de ato administrativo e reintegração do policial *militar* à Corporação - Decisão proferida em Primeira Instância julgando procedente a ação e determinando a reintegração imediata do autor - Agravo de Instrumento interposto pela Fazenda do Estado pleiteando que a apelação seja recebida também no efeito suspensivo - Contrarrazões apresentadas - Rejeição das preliminares arguidas pelo agravado - Lei nº 9.494/97 - Vedação de execução provisória contra a Fazenda Pública no que diz respeito à inclusão na folha de pagamento - Princípios da hierarquia e da disciplina como pilares básicos das Instituições *Militares* - Agravo provido. (Agravo de instrumento nº 229/10 - Rel. Juiz Fernando Pereira - j. 8/2/2011)

Exclusão de Vantagens Habituais do Cálculo dos Vencimentos Devidos – Possibilidade

Indexação: AGRAVO DE INSTRUMENTO - Reintegração de policial *militar* - Exclusão de vantagens habituais do cálculo dos vencimentos devidos - Decisão regular e fundamentada - Provimento negado. **Ementa:** Não são devidas, em caso de reintegração de miliciano excluído das fileiras, as vantagens concedidas em razão das condições excepcionais do serviço efetivamente prestado. (Agravo de instrumento nº 244/10 - Rel. Juiz Paulo Prazak - j. 20/1/2011)

Reintegração retroativa – Imposição de multa diária ao Estado

Ementa: Agravo de Instrumento com pedido de efeito suspensivo - Alegação fazendária de cumprimento da obrigação de fazer, de inaplicabilidade do art. 644 do Código de Processo Civil e de fixação de multa diária - Reintegração retroativa do agravado - Cabimento da progressão na carreira *militar* e contagem do tempo a partir do momento da demissão - Possibilidade de imposição de multa diária ao Estado - Revogação do efeito suspensivo concedido - Improvimento ao agravo - Decisão unânime. (Agravo de instrumento nº 175/09 - Rel. Juiz Paulo A. Casseb - j.17/11/2009)

Absolvição criminal – Existência de resíduo administrativo disciplinar

Ementa: POLICIAL MILITAR - Embargos Infringentes - Reflexos da sentença criminal absolutória na esfera cível e administrativa - Inaplicabilidade do art. 138, § 3º da Constituição Paulista - Absolvição fundada no art. 439, alínea “a”, primeira parte do Código de Processo Penal *Militar* não exclui a transgressão disciplinar comprovada em feito administrativo pautado pelo devido processo legal quando não há total identidade entre os fatos pelos quais foi absolvido na esfera criminal e aqueles pelos quais foi punido administrativamente com a expulsão - Existência de resíduo administrativo que revelou flagrante violação de dever funcional - Embargos

infringentes improvidos para manutenção do v. Acórdão. (Embargos Infringentes nº 05/08 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi - j. 2/3/2011)

Indexação: Direito constitucional, administrativo e processual civil. *Policia* Militar. Embargos Infringentes Cível. Recurso improvido. **Ementa:** Na esfera administrativa, onde vige o princípio do informalismo moderado, sem prejuízo para a parte, o acusado se defende de fatos e não de tipificações. A absolvição na esfera criminal, não traz consequências ao âmbito administrativo, porque o fato que não constitui infração penal, pode perfeitamente constituir infração administrativo-disciplinar, e as esferas administrativa, civil e penal são independentes. (Embargos infringentes nº 15/10 - Rel. Juiz Avivaldi Nogueira Junior - j. 6/7/2011)

Absolvição criminal – Fixação de novo *dies a quo* para pleitear reintegração

Ementa: Embargos Infringentes - Policial Militar - Nulidade do Ato Administrativo Expulsório - Absolvição perante o Conselho de Sentença com base na negativa de autoria - Sentença Reintegratória procedente - Apelo Fazendário provido por maioria - Prescrição - Inocorrência - Causa de Pedir fundada na absolvição criminal fixa novo “*dies a quo*” - Resíduo Administrativo suficiente para embasar a EXPULSÃO - Recurso parcialmente provido - Sentença Reformada - decisão administrativa mantida. (Embargos infringentes nº 06/08 - Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho - j. 20/1/2010)

Indeferimento de oitiva de testemunha – Possibilidade

Ementa: Embargos Infringentes - Policial Militar - Pedido de anulação de ato que impôs sanção de 3 (três) dias de permanência disciplinar - Indeferimento de produção de prova testemunhal - Testemunhas ouvidas apenas durante a fase de investigação preliminar - Violação à ampla defesa e ao devido processo legal - Necessidade de inquirição das testemunhas se estas foram anteriormente ouvidas apenas em momento processual não sujeito ao contraditório - Legitimidade da intervenção judicial - Mantido o v. acórdão que reformou a r. sentença - Invalidação do procedimento administrativo a partir da decisão que indeferiu a realização de prova testemunhal - Inversão dos ônus sucumbenciais - Embargos providos. (Embargos infringentes nº 30/11 - Rel. Juiz Orlando Eduardo Geraldi - j. 9/11/2011)

Perda da graduação de praça – Representação do Procurador de Justiça – Necessidade

Ementa: POLICIAL MILITAR - Embargos Infringentes opostos pela Fazenda Pública - Pedido de improcedência da ação - Exclusão do Embargado teve como fato gerador apenas a precedente condenação criminal transitada em julgado -

Usurpação da Competência exclusiva da Justiça *Militar* - Flagrante contrariedade à Constituição Federal - Inteligência do art. 125, § 4º da CF - Necessidade de Representação do Ministério Público perante o Tribunal para a decretação judicial da perda de graduação de praça - Recurso fazendário improvido - Decisão majoritária. (Embargos infringentes nº 13/10 - Rel. Juiz Paulo A. Casseb - j. 9/6/2010)

Demissão Ex Officio – Reintegração – Possibilidade

Indexação: Embargos Infringentes - Pretendida reforma de v. Acórdão para a reintegração de soldado à Corporação, em razão da nulidade de ato demissório emanado por autoridade administrativa. Demissão “*ex-officio*” fundada na alínea “a”, inciso II do art. 23 do Regulamento da Polícia *Militar*. Ausência de procedimento regular. Inconstitucionalidade. **Ementa:** A demissão aplicada no âmbito administrativo, sem o devido procedimento naquela esfera, exclusivamente em decorrência da condenação criminal, afronta as garantias constitucionais do contraditório e ampla defesa. Patente a inconstitucionalidade do dispositivo em que se fundou o ato demissório, declarada por via difusa. Vedada a pena acessória, a competência para decretação de perda de graduação de praça é conferida à Justiça *Militar* do Estado. Inteligência do art. 125 § 4º da Magna Carta. Recurso provido. (Embargos infringentes nº 01/07 - Rel. Juiz Paulo Prazak - j. 19/9/2007)

Ementa: Policial Militar - DEMISSÃO “EX OFFICIO” - Nulidade do ato administrativo - sentença de procedência - apelo fazendário - provimento majoritário - Embargos Infringentes - divergência quanto à competência do Comandante Geral para aplicar a sanção de função em decorrência de sentença criminal condenatória por crime comum que, igualmente, condenou à perda da função pública, nos termos do artigo 92, I, do Código Penal. Possibilidade - a competência da Justiça *Militar* para decretar a perda de graduação de praça decorre, entre outras, de forma acessória, tão somente da condenação por crime *militar* - derrogação do artigo 102 do Código Penal *Militar* - artigo 1º, § 5º, da Lei 9455/97 prevê, por exemplo, a aplicação automática da sanção de perda de função, não necessitando, a exemplo do disposto do artigo 92, I, do Código Penal, de fundamentação expressa quanto a esta. Embargos infringentes improvidos - decisão colegiada mantida. (Embargos infringentes nº 14/10 - Rel. Juiz Evanir Ferreira Castilho - j. 1/2/2012)

Reintegração – Decisão fundamentada – Possibilidade – Vedada residcussão da valoração de provas

Ementa: Embargos Infringentes - Anulação de demissão de policial *militar* sob a alegação de que a decisão punitiva fundou-se em motivo falso - Inocorrência - Sanção suficientemente fundamentada - Vedada a rediscussão sobre a valoração das provas - Provimento aos embargos para manutenção do ato demissório. (Embargos infringentes nº 10/09 - Rel. Juiz Clóvis Santinon - j. 18/11/2009)

Ementa: POLICIAL MILITAR - Embargos Infringentes - Prática de transgressão disciplinar plenamente comprovada - Decisão final da autoridade competente para a prática do ato que não está vinculada aos pareceres oferecidos - Conjunto probatório que se mostrou suficiente para justificar a aplicação da sanção - Conduta grave perpetrada pelo acusado que restou incontroversa nos autos - Proporcionalidade da sanção em relação à gravidade da falta cometida - Recurso que não comporta provimento. (Embargos infringentes nº 24/11 - Rel. Juiz Fernando Pereira - j. 6/4/2011)

O advogado na Justiça Militar Paulista

Feitos marcantes

*Antonio Cândido Dinamarco**

De repente, o Juiz de Direito, *Ronaldo João Roth*, Titular da Primeira Auditoria da Justiça Criminal Militar de São Paulo, vem na minha direção e me escala - muito mais que um convite - para escrever algumas linhas, certamente tortas, para incluí-las na **Coletânea de Estudos de Direito Militar e da Justiça Militar de São Paulo**. Não me deu tempo para defesa. Mas ele pode fazer isto.

Pela segunda vez na minha vida, a vaidade venceu a sensatez. A primeira, quando aceitei que Nasser Bussamra fizesse nomear-me Procurador Geral da Justiça Militar de São Paulo, nos idos de 1980. Agora, ao aceitar o encargo, mesmo depois de me dar conta do tamanho da missão.

Entretanto, depois de tantos anos de convivência aprendi que “*missão dada é missão cumprida*”. No meu caso, mesmo que mal cumprida.

Conheço Roth há muitos anos, logo depois de, pelas mãos de Nilton Silva Júnior, notável e saudoso Advogado criminal e professor, ir dar com os meus costados no, então, Clube dos Subtenentes e Sargentos da Polícia Militar de São Paulo e na Caixa Beneficente da Polícia Militar de São Paulo. Lá, por doze anos, regime CLT; aqui, credenciado para a área criminal militar, aprovado que fora pelo Senhor Comandante Geral, por quase quarenta anos.

Cursava o quarto ano de Direito e, por convite do Nilton, que era meu professor de Processo Penal, estagiava em seu escritório na Praça Antonio Prado, no centro de São Paulo, ao lado de Carlos Aloysio Canellas de Godoy, o Carlito.

Dessa época minha alegre lembrança de conviver com Henrique Vainer, Waldir Troncoso Peres, Raimundo Pascoal Barbosa, Kleber de Menezes Dória, Márcio Thomaz Bastos, José Carlos Dias, Hermenegildo Valente, Antonio Augusto de Almeida Toledo, Zulaiê Cobra Ribeiro, Antonio Cláudio Mariz de Oliveira, Carlos Aloysio Canellas de Godoy, Alberto Zacharias Toron, José Roberto Batochio e outros tantos luminares da advocacia criminal paulista, na saudosa Praça da Alegria do corredor do, então, fórum criminal, Palácio da Justiça.

Ali, com aquela convivência, forjei meu espírito de Advogado, observando e copiando condutas, pensamentos e, principalmente, lisuras de Advogados com A maiúsculo.

Assim, quando passei a conviver com os Policiais Militares, seres de condutas ilibadas e senso de justiça apurado, pouco estranhei e logo me adaptei.

Estava - hoje vejo - pronto para representá-los nos fóruns e Tribunais.

Aqui começa minha vida profissional no Tribunal de Justiça Militar de São Paulo; desde a Avenida Angélica e Alameda Eduardo Prado, até a Rua Dr. Vila Nova, passando pela Venceslau Brás, em frente do saudoso Gouveia.

* Advogado militante na Justiça Militar de São Paulo.

Na Venceslau, eram apenas duas Auditorias Militares, em dois Plenários acanhados e incômodos para todos: Juizes Auditores, Oficiais dos Conselhos Especiais e Permanentes, Promotores, Advogados e Serventuários da Justiça.

Mas, tal e qual há quase quarenta anos, hoje nunca faltam o respeito, a educação e, principalmente, o atendimento às prerrogativas dos Advogados.

Mas, um pouco da história desta Casa é necessário, até em nome da própria Justiça. Está no site do TJM. Transcrevo por amor à fidelidade.

“A história da Justiça Militar Estadual nos mostra que, antes mesmo da Lei Estadual nº 2.856, de 8 de janeiro de 1937, que calcada na Lei Federal nº 192, de 17 de janeiro de 1936, criando a Justiça Militar, São Paulo já possuía um incipiente ordenamento castrense, não integrado ao Poder Judiciário.

Desde 1896 havia no Estado de São Paulo a Auditoria da Força Pública, composta de um Auditor e de Conselhos de Justiça. As decisões do órgão eram revistas pelo Presidente do Estado, cargo que corresponde ao atual Governador de São Paulo. A situação perdurou até o ano de 1936. Com o advento da Lei Federal nº 192, de 17 de janeiro daquele ano, foi criada a Justiça Militar nos Estados. O Governo do Estado, através da Lei Estadual nº 2.856, de 8 de janeiro de 1937, criou o Tribunal de Justiça Militar, com a denominação de Superior Tribunal de Justiça Militar.

No dia 23 de fevereiro de 1937, foram nomeados os primeiros Juizes do Tribunal; Dr. Romão Gomes, que fora Consultor Jurídico da Força Pública, Dr. Mário Severo de Albuquerque Maranhão, Auditor, e Cel PM Arlindo de Oliveira, Comandante Geral da Força Pública, ocorrendo a posse, precedida de compromisso legal dos nomeados, na mesma data. Em 25 de fevereiro de 1937, na presença do Governador do Estado, o Tribunal foi oficialmente instalado, em sede provisória, no prédio da antiga Caixa Beneficente da Força Pública, na Rua Alfredo Maia nº 34. O primeiro Presidente do Tribunal, para o biênio de 1937/1938, foi o Cel PM Arlindo de Oliveira. Em 16 de maio de 1937 foi empossado o primeiro Procurador, Dr. Manuel Francisco Pinto Pereira.

O Tribunal foi transferido em 1942, ainda em sede provisória, para o prédio da Av. Tiradentes nº 822, passando mais tarde para o edifício da Alameda Eduardo Prado nº 742. Em 1947 com a criação do Departamento Jurídico do Estado, através do Decreto-lei nº 17.330 de 1947, passaram a funcionar na Justiça Militar do Estado como advogados de ofício, exercendo funções de Juiz Auditor ou Promotor, os advogados ali classificados, nos termos do citado estatuto legal.

No ano de 1948 a composição do Tribunal de Justiça Militar passou de três para cinco juizes com a criação de dois cargos de Juiz Militar, conforme a edição da Lei nº 73, de 21 de fevereiro de 1948.

Em 28 de dezembro de 1954, foi promulgada a Lei nº 2.939, que elevou para sete o número de juizes no Tribunal, sendo quatro civis e três militares.

A mesma norma legal introduziu alterações na estrutura do órgão, que passou a funcionar no regime de câmaras, em número de duas, cada uma com três juízes; a presidência da Primeira Câmara Criminal coube ao Vice-Presidente do Tribunal e a Segunda ao juiz mais antigo.

Em 28 de agosto de 1957 foi promulgada a Lei nº 4.086, pela qual se inseriu no Quadro da Justiça Militar os cargos de Juiz, Procurador, Juiz Auditor, Promotor, Secretário e Escrivão da Justiça Militar. Também ficou determinado que a realização dos atos administrativos de competência do Poder Executivo atinentes ao Tribunal de Justiça Militar seria feita pela Secretaria da Justiça.

A Lei nº 5.048, de 22 de dezembro de 1958, reorganizou a Justiça Militar do Estado sem, entretanto, modificar a composição do Tribunal. Consolidou a legislação esparsa e criou o Quadro da Secretaria do Tribunal, visando ao melhoramento dos serviços administrativos com a nomeação de funcionários efetivos. A medida objetivou a realização dos serviços da Justiça que eram prejudicados em face da constante vazão dos auxiliares militares, sujeitos a remoções impostas pelos regulamentos de sua corporação.

A sede do Tribunal, também provisória, esteve localizada na Av. Angélica nº 1696, sendo posteriormente transferida para a Rua Venceslau Brás nº 67, em 1967, onde passou a funcionar juntos o Tribunal e as Auditorias.

Tendo a Constituição do Estado de 1969 - Emenda nº 2, de 30 de outubro de 1969, extinguido dois cargos de juiz, a composição do Tribunal de Justiça Militar foi alterada e passou a contar com cinco juízes, sendo três civis e dois militares. Foi abolido o sistema de Câmaras, estabelecido pela Lei nº 2.939, de 28 de dezembro de 1954, e o Tribunal passou a funcionar em sua composição plenária.

Devido à sobrecarga dos serviços judiciais, advinda da criação da Polícia Militar, oriunda da fusão da Força Pública com a Guarda Civil de São Paulo, foi criada a Segunda Auditoria pelo Decreto-lei nº 252, de 29 de maio de 1970, concluindo-se a sua instalação em 18 de agosto de 1970.

Para dar vazão ao elevado número de feitos em tramitação na Primeira Instância, o Tribunal obteve do Poder Executivo a promulgação da Lei nº 9, de 31 de agosto de 1972, que autorizou a convocação, pelo Presidente, de Conselhos Extraordinários de Justiça, o que se verificou a partir de 17 de setembro de 1972.

Através da Lei nº 104, de 11 de junho de 1973, foi prorrogada, por mais um ano, a vigência dos Conselhos Extraordinários e realizados concursos para o preenchimento dos cargos de Juiz Auditor da Primeira Auditoria, Promotor e Escrivão da Segunda Auditoria.

Pela Lei nº 333, de 8 de julho de 1974, foi dado um passo decisivo para o estabelecimento da infraestrutura da Justiça Militar Estadual. Foram criadas a Terceira e Quarta Auditorias, sendo que a Terceira

Auditoria passou a funcionar em substituição aos Conselhos Extraordinários, cujo prazo de vigência expirava. Além dos cargos de Juiz Auditor, Promotor, Escrivão e Escrevente, destinados às novas auditorias, foram criadas diretorias, seções, setores e demais cargos, inclusive um de Juiz Auditor Auxiliar de Correição, um de Promotor e um de Promotor Substituto de Segunda Instância, necessários para o desenvolvimento dos trabalhos judiciais e administrativos do Tribunal. Foram aproveitados os funcionários efetivos da Secretaria do Tribunal para o preenchimento provisório, até o provimento do efetivo, de cargos de direção e chefia.

Dada a exiguidade do prédio-sede na Rua Venceslau Brás nº 67, não foi possível a tomada de providências preconizadas na Lei nº 333/74, tendo sido nomeados, a título precário, enquanto não se realizassem os competentes concursos, servidores indispensáveis ao desenvolvimento dos trabalhos judiciais, cartoriais e administrativos.

A falta de espaço físico começou a ser resolvida através do Decreto 5.677, de 25 de fevereiro de 1975, que permitiu a aquisição pela Fazenda do Estado, de outro imóvel para atender as necessidades da Justiça Militar Estadual.

O prédio, situado à Rua Doutor Vila Nova nº 285, no bairro de Vila Buarque, passou por uma série de reformas e adaptações para receber toda a estrutura da Justiça Militar do Estado de São Paulo.

Em 12 de janeiro de 1976, ocorreu à inauguração da sede própria da Justiça Militar Estadual, com a presença do Excelentíssimo Governador do Estado, Paulo Egydio Martins, onde passou a funcionar o Tribunal de Justiça Militar Estadual (2º Grau), as quatro Auditorias (1ª Instância), bem como toda a estrutura administrativa.

O início da década de 90 marcou a era da modernização para a Justiça Militar Estadual. Nesse período constituiu-se a primeira equipe de funcionários para estudar a possibilidade de informatização dos processos cartorários e administrativos.

Apesar da falta de recursos foram comprados os primeiros microcomputadores que logo foram conectados em rede, enquanto que os funcionários buscavam o conhecimento necessário para o desenvolvimento de softwares aplicativos.

A partir de 1995 já com uma equipe definida, a informática deixou de ser apenas um projeto e passou a ser uma realidade. Diversos sistemas foram desenvolvidos, com recursos e mão de obra própria, atendendo a 1ª Instância, 2ª Instância e a área administrativa.

Este período não foi marcado apenas pelos projetos de informatização, mas também por trabalhos voltados a revisão dos procedimentos e métodos adotados no dia a dia dos trabalhos cartorários e administrativos. A idéia não era apenas informatizar, mas fazê-lo com organização e eficiência.

Em 2000 apresentou-se a primeira página institucional na grande rede mundial (Internet) e dois anos depois foram disponibilizadas as primeiras consultas processuais.

Hoje a Internet transformou-se em um grande veículo de divulgação de informações e é através dela que a Justiça Militar do Estado de São Paulo busca, cada vez mais, atender aos anseios de nossa população. Para tanto disponibiliza a consulta, em tempo real, dos andamentos de processos cíveis, criminais e de medalha de valor militar. Além disso, publica seu Diário da Justiça Militar Eletrônico, publicação aberta e livre de custos, que informa sobre todos os atos e eventos originados nesta Instituição.

Atualmente a Justiça Militar Paulista continua empenhada em buscar a modernidade, com excelência e qualidade para atender a seus jurisdicionados em conformidade com as Resoluções do Conselho Nacional de Justiça.”

Vi acontecer casos de repercussão nacional e participei como Advogado de quase todos. Lembro-me, nitidamente, dos processos da ROTA 66, ROTA 120, Cabo Furlan, Parque do Carmo, Carandiru e outros que ganharam as manchetes e páginas da imprensa.

Vi Policiais Militares serem fuzilados e mortos como Raggi; outros, quase mortos como Gilson. Vi Policiais Militares serem condecorados como heróis, e vi outros serem execrados por desvios de conduta, não lhes perdendo a mácula no exercício da profissão.

Não me lembro de ter visto injustiça cometida no Tribunal de Justiça Militar de São Paulo. Rigor, sim; injustiça, não.

O que sempre vi foi a obediência aos sagrados princípios constitucionais da presunção da inocência e do amplo direito de defesa.

Sempre vi o que o juiz Roth escreve com acerto, “*o nosso ordenamento jurídico garante ao acusado, no processo penal, que tenha direito à defesa real e à defesa técnica: a primeira, exercida pessoalmente quando do interrogatório, a segunda exercida por meio de seu defensor ao longo do processo*”, como está em A OBRIGATORIEDADE DO DEFENSOR EM AUDIÊNCIA CRIMINAL MILITAR E A NECESSIDADE DE NÃO SE PREJUDICAR O ATO PROCESSUAL, in site www.jusmilitaris.com.br.

Vi também, e dela participei com minha mulher e Advogada Guiomar E. Prado Dinamarco, a conquista da vaga de Advogado pelo Quinto Constitucional no Tribunal de Justiça Militar paulista, após a morte de Octávio Leitão da Silveira, quando subscrevemos e propusemos ADIN, com poderes outorgados pela OAB-SP, Presidente Aidar, ao Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo e julgada procedente à unanimidade. Vaga, hoje, ocupada pelo Juiz Paulo Adib Casseb.

Vi Godinho ser içado ao Superior Tribunal Militar, depois de presidir o Tribunal Militar de São Paulo e, lá como cá, brilhar com sua cultura.

Vi, com muita tristeza, a castração da competência do TJM nas hipóteses de Homicídio doloso praticado contra civil, que afastou processos como o do Carandiru,

ainda por julgar e que, se no TJM estivesse, há muito estaria com a aplicação do melhor Direito efetivada, realizada a efetiva entrega da prestação jurisdicional e retirada a espada de Dâmocles que paira, ainda, sobre a cabeça de dezenas de Policiais Militares, hoje quase todos na reserva.

Bem como a absurda inaplicabilidade da Lei 9.099/95 nos processos desta Casa. Vi, e não consegui aceitar, ainda, a alteração da competência, para que o Juízo singular julgue alguns delitos praticados contra civis. Grave: alterou-se a competência e não se adequou o rito.

Como vi, e não consigo aceitar, o Provimento nº 002/03-GP, que me consta ainda vigente, “criando” um recurso de ofício e/ou obrigatório, às hipóteses de decisão de arquivamento de IPM, determinada pelo Juiz de Direito, atendido o pedido ministerial.

Vi, e também não entendo, dar-se competência cível à Justiça Militar de São Paulo, nos termos da infeliz Emenda Constitucional nº 45/2004, obra, certamente, de quem não vivia nem convivia com as coisas e causas de Policiais Militares.

Vi, e aplaudi os Juízes Auditores serem renomeados como Juízes de Direito e, mais que isto, a seriedade e alto nível das provas seletivas dos concursos para preenchimento de vagas na Magistratura da Casa, que já nos trouxeram juizes de escol como Prazak, Coutinho Maia, Roth, Lauro, Dair de Castro, Chaves, Machado Marques, Marcos Fernando, Roseane, Dalton, Ênio, Cavalcante, Marafante, substituindo Sisínio, Scantimburgo, Alexandre, Mauad, Ceccara, Pitombo. Vi a unificação do Ministério Público de São Paulo, com Promotores de Justiça da instituição paulista a ornamentar as cadeiras que já foram ocupadas com brilho ímpar por Ricardo Daunt, Jackson Blandy, José Loureiro, Hanny Dib e outros tão brilhantes quanto.

Vi e ainda vejo Oficiais da Polícia Militar compondo os Conselhos Permanentes e Especiais de Justiça, cada vez mais preparados e lúcidos, desprendendo-se das amarras do pensamento que já foi dominante da punição a qualquer custo e preço, com uma participação ativa, democrática e juridicamente competente nas instruções e nos julgamentos dos processos, separando nitidamente o que seja infração disciplinar do que seja infração criminal; mais, entendendo que esta Casa não é um quartel, mas Poder Judiciário: onde não se pune; busca-se Justiça. Onde não impera o Regulamento Disciplinar, mas o Código Penal Militar. Onde o Oficial Policial Militar é um Julgador, como o é o Juiz de Direito, juiz togado.

Vi e ainda vejo novos Colegas Advogados que têm vindo a esta Casa, emprestar sua cultura e seu conhecimento, aceitando o bastão que Luna, Grecco, Marlene, Assumpta, Belizário, Sócrates, eu, e quem mais me esqueço, oferecemos porque encerrando nossa jornada, como Galvão, Clauber, Robson, Joel, Campanini, Eliezer e outros brilhantes.

Vi um prédio ser reformado e adaptado às novas missões constitucionais, buscando acomodações dignas e a altura.

Vi, e vejo a Justiça Militar do meu Estado, marcar “*seu aspecto garantista no processo, de forma que nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor*”, in Roth, obra antes citada.

Vi a Justiça Militar de São Paulo ser acusada de Justiça de caserna, e de dar proteção e guarida às mazelas e violências da Polícia Militar bandeirante; vi a Justiça Militar de São Paulo ser taxada de foro privilegiado, invés de foro especial, como de Direito. Como o são a do Trabalho, a Eleitoral, a de Menores e Adolescentes e a Federal, s.m.j.

Vi interessados em combater a ordem e a disciplina, tentar desmontar esta Casa, assacando aleivosias e acusações mentirosas com pretensões políticas e inomináveis.

Vi todos desta Casa saírem em defesa dela e manter bem erguida a bandeira que fez tremular e mostrar que o Direito Militar, muito antes que qualquer outra coisa, serve de exemplo e base para a sustentação da ordem e da disciplina, porque integrada por homens de bem e formados em bases sólidas e descompromissados com qualquer outra coisa que não seja a realização da verdadeira Justiça.

Mas, verdade seja dita em alto e bom som: quando todos se queixam da morosidade da Justiça, a Justiça Militar de São Paulo prima pela celeridade; quando se diz que a Polícia prende e a Justiça solta, a Justiça Militar de São Paulo, mercê da qualidade de seus integrantes, Juízes de Direito, Promotores de Justiça e Advogados que não se deixam levar por aquilo que já foi chamado de *“traça de processo e ácaro de gabinete”*, dá a cada um o que é seu em tempo hábil e justo, nos exatos termos da nossa Carta.

Nunca se apontou alguém de *“violar as normas quando se tratava de impor sua vontade”*.

Como nunca se ouviu falar *“de um presidente conservador, imperial, tirânico”*, como alhures.

Nem se dizer que qualquer um *“é pessoa insegura. Dá a impressão de que tudo o que é normal, para ele, parece ser uma tentativa de agressão”*, como em infelizes duelos pela imprensa.

Vejo, hoje, centenas de universitários de todos os cursos de Direito, nos auditórios das Auditorias Militares e do Tribunal, a cumprirem, fielmente, seu estágio obrigatório curricular; além de escreverem as monografias de conclusão de Curso, sobre temas da Justiça Militar de São Paulo.

Vejo, enfim, olhando para trás, que não me restou riqueza material, mas fartou-me de riqueza humana, convivendo, aprendendo e apreendendo o que de bom se pode tirar da face lisa e sorridente da verdadeira Justiça; e, principalmente, daqueles que a fazem.

Dos Magistrados e Promotores aos heróicos Cartorários.

Encheram-me de riqueza humana e cultural.

E meu acervo cresceu muito. Tudo, graças à minha vida profissional junto ao Tribunal de Justiça Militar de São Paulo.

Recebi da Polícia Militar, a Medalha “Tobias de Aguiar”, condecoração máxima da Corporação de Tobias.

Da ROTA, a de “Amigo da Rota”, a boina e o braçal.

De inúmeros Batalhões, Medalhas, Diplomas e Comendas, bem como a Medalha dos 70 anos do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo.

Tenho a Medalha do Sesquicentenário da Polícia Militar de São Paulo; bem como a comemorativa do centenário do Batalhão “Tobias de Aguiar”.

E a honra de ter pertencido, por alguns anos, aos Corpos Docentes da Academia de Polícia Militar do Barro Branco, e do, então, Centro de Aperfeiçoamento e Estudos Superiores – CAES - da Polícia Militar.

Vejo, enfim, no convite do Juiz Roth para que eu escrevesse estas parcas e mal traçadas linhas no aniversário do Tribunal de Justiça Militar de São Paulo, que tudo valeu a pena pelo que vivi e convivi nesta Casa, podendo dar a prova do que disse antes: a vaidade venceu a sensatez.

Obrigado penhoradamente ao querido amigo Juiz Roth.

Agradeço, a final, a Deus por ter permitido que eu vivesse meus setenta e quatro anos, quase tanto quanto o TJM de São Paulo: ele, de fevereiro de 37; e eu, de outubro de 37. Tempos de feitos marcantes!