

Boletim Científico

Escola Superior do Ministério Público da União

Seção V

Temas Atuais

Bases filosóficas e doutrinárias da Justiça Militar¹

Jorge César de Assis*

Sumário: 1 Breve introdução ao tema. 2 O direito militar e as exigências do Estado Democrático de Direito. 3 A Justiça Militar e seu contexto no Poder Judiciário como um todo. 3.1 Justiça Militar da União. 3.2 Justiça Militar Estadual. 4 Independência e autonomia dos juízes, membros do Ministério Público e defensores que atuam na Justiça Militar. 4.1 Os Conselhos de Justiça. 4.2 O Ministério Público Militar. 4.3 O advogado na Justiça Militar. 5 Limites de competência da Justiça Militar. 5.1 Jurisdição penal militar. 5.2 Jurisdição disciplinar militar. 6 Os postulados modernos do direito penal e do direito disciplinar aplicados à Justiça Militar. 7 Conclusão: perspectiva de evolução da Justiça Militar.

1 Breve introdução ao tema

Quando não se é filósofo ou, ainda, jusfilósofo, fica difícil tecer considerações seguras acerca dos aspectos filosóficos que medeiam a existência e a efetividade da Justiça Militar.

A instigação ao tema, entretanto, permite ao aplicador interessado do direito militar² deixar-se levar ao estudo, ainda que perfunctório, da

* Jorge César de Assis é membro do Ministério Público da União, promotor da Justiça Militar lotado em Santa Maria-RS e sócio fundador da Associação Internacional das Justiças Militares (AIJM).

¹ Adaptação para artigo de palestra ministrada no ENCONTRO DE REFLEXÃO SOBRE A JUSTIÇA MILITAR, em 12.3.2008, na cidade de Praia, capital da República de Cabo Verde.

² O termo *aplicador* está sendo utilizado em sentido mais restrito que aquele dado ao *operador* do direito. A noção de operador abrange membros da magistratura, membros do Ministério Público, defensores e autoridades de polícia judiciária.

Filosofia do Direito. Esta, segundo o autor alemão Arthur Kaufmann, não se distingue dos outros ramos da filosofia por ser mais especial, mas porque reflete, filosoficamente, sobre questões jurídicas essenciais, sobre problemas jurídicos fundamentais, discutindo-os e dando-lhes, tanto quanto possível, uma resposta³.

As considerações de ordem filosófica, que aqui serão tratadas de forma paralela àquelas outras de ordem doutrinária, não serão feitas de maneira isolada, mas sim ao longo de todo este trabalho. Para tanto, levar-se-á em conta, ainda, o aspecto histórico da Justiça Militar (*em especial a do Brasil e a de Cabo Verde*) e sua posição no Estado Democrático de Direito.

Tanto quanto possível, proceder-se-á a uma análise de cunho epistemológico, ou seja, um estudo crítico visando determinar os fundamentos lógicos, o valor e o alcance objetivo dos princípios que informam o direito militar.

Dito isso, acredita-se ser necessário o questionamento de cinco pontos fundamentais, de modo que se possa chegar a conclusões seguras sobre o ideal de Justiça Militar: 1º) o direito militar responde, atualmente, às exigências de um Estado Democrático de Direito? 2º) a Justiça Militar é parte integrante do Poder Judiciário considerado? 3º) juízes, membros do Ministério Público e defensores que atuam na Justiça Militar têm independência funcional para exercer suas funções da melhor forma possível? 4º) a competência da Justiça Militar é restrita? e 5º) os postulados modernos do direito penal e direito disciplinar estão incorporados ao direito militar?

ria; os aplicadores, por sua vez, seriam apenas as duas primeiras categorias, conforme lecionam Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger (2005, p. 40).

³ KAUFMANN, 2002, p. 25.

Sempre é bom lembrar que a Justiça Militar brasileira (*assim como a cabo-verdiana*) tem origem, por óbvio, na legislação de Portugal. Todavia, essa influência perdurou no Brasil desde a data do descobrimento, em 22 de abril de 1500, até a Proclamação da Independência, em 7 de setembro de 1822. A partir daí, a legislação militar brasileira começou a tomar contornos próprios, o que se acentuou após a Proclamação da República, em 15 de novembro de 1889. Nesse período, a grande influência vinha dos Estados Unidos da América, em face de sua proclamada Constituição, assinada em 17 de setembro de 1787. Isso é facilmente verificável na própria denominação adotada pelo novo Estado – República dos Estados Unidos do Brasil. De lá para cá muita coisa mudou, podendo-se afirmar, sem nenhuma dúvida, que a Justiça Militar brasileira apresenta hoje um modelo único no mundo globalizado, *sui generis*, salvo engano pelo qual desde logo nos penitenciamos.

Nessa visão histórica, não se pode perder de vista um componente geográfico interessantíssimo: o Brasil situa-se na América do Sul, tendo recebido a influência inicial do sistema português, que se manteve por séculos. Todos os demais países da América do Sul, à exceção das antigas Guianas, foram colonizados pela Espanha e dela receberam influência em seu Direito, inclusive no militar.

Dessa forma, atualmente, a maioria dos países sul-americanos possui uma Justiça Militar baseada no modelo espanhol, cuja legislação deriva das antigas *Ordenanzas*. São justiças essencialmente militares, em que juízes, membros do Ministério Público e defensores são oficiais militares. Em alguns países, seguindo o modelo espanhol, existe, ainda, o Corpo Jurídico Militar, como no Peru. O Brasil, tendo sido influenciado inicialmente por Portugal, adquiriu, ao longo do fortalecimento da República, um modelo próprio de Justiça Militar, que hoje se encontra muito distante do modelo português.

A Justiça Militar cabo-verdiana também segue o modelo de Portugal.

Informa José Pedro Bettencourt⁴ que Cabo Verde tornou-se independente em 5 de julho de 1975, após um processo *sui generis* de luta de libertação, desenvolvido na Guiné-Bissau pelo Partido Africano para a Independência da Guiné e Cabo Verde (PAIGC)⁵.

Na época encontrava-se em vigor o Código de Justiça Militar de 1925, aprovado pelo Decreto n. 11.292, de 26 de novembro de 1925, que, rompendo com o anterior de 1895, consagrava o foro pessoal. Esse código se manteve em vigor por força do disposto no artigo 22º da Lei sobre a Organização Política do Estado⁶, publicado no *Boletim Oficial* n. 1, de 5 de julho de 1975, que dispunha: “A legislação portuguesa em vigor nesta data mantém transitoriamente a sua vigência⁷ em tudo o que não for contrário à soberania nacional, à presente Lei, às restantes Leis da República e aos princípios e objectivos do PAIGC” [*sic*]⁸.

⁴ BETTENCOURT, 2005, p. 55.

⁵ A luta armada que conduziu à independência da Guiné-Bissau e Cabo Verde teve lugar na Guiné-Bissau. Em 15 de janeiro de 1967, um grupo de 31 jovens cabo-verdianos – liderado por Pedro Pires, atual presidente da República –, que se preparava em Cuba para o desembarque e o início da luta armada em Cabo Verde, prestou o juramento na presença do então secretário-geral do PAIGC, Amílcar Cabral. O desiderato acabou por não se cumprir e só mais tarde, no final de 1974 e início de 1975, chegaram a Cabo Verde muitos dos militares cabo-verdianos, combatentes nas matas da Guiné-Bissau, que, com alguns cabo-verdianos pertencentes ao exército português e outros recrutados ainda antes do dia 5 de julho, deram corpo às Forças Armadas de Cabo Verde.

⁶ Trata-se da primeira lei de valor constitucional do Cabo Verde independente.

⁷ Era a solução que se impunha, portanto lógica e inteligente. Há uma grande identidade de normas entre os sistemas jurídicos português e cabo-verdiano, apesar de ao longo dos tempos termos vindo paulatinamente a substituir a legislação herdada por outra mais consentânea com os novos valores emergentes da nossa sociedade.

⁸ Dispositivos com igual espírito têm sido acolhidos em todas as leis constitucionais. Na atual Constituição, encontrou guarida no artigo 288, que, sob a epígrafe “legislação anterior”, diz o seguinte: “O direito anterior à entrada em vigor da Constituição mantém-se, desde que não seja contrário a ela ou aos princípios nela consignados”.

2 O direito militar e as exigências do Estado Democrático de Direito

Sem sombra de dúvida, a verificação da legitimidade e efetividade da Justiça Militar dependerá da posição que ostentar na Constituição do Estado considerado.

A edição da Constituição brasileira de 1988 foi precedida de amplo debate entre os diversos setores da sociedade e os integrantes da Assembleia Nacional Constituinte.

Pondera Gisele Cittadino que, pela primeira vez na história brasileira, uma Constituição definiu os objetivos fundamentais do Estado e, ao fazê-lo, orientou a compreensão e interpretação do ordenamento constitucional pelo critério do sistema dos direitos fundamentais. Em outras palavras, a dignidade humana, traduzida no sistema de direitos constitucionais, é vista como o valor essencial, que dá unidade de sentido à Constituição Federal. Espera-se, conseqüentemente, que o sistema de direitos constitucionais, visto como expressão de uma ordem de valores, oriente a interpretação do ordenamento constitucional em seu conjunto.

A promulgação da *Constituição Cidadã*, cujo sistema de direitos fundamentais, como visto, informa todo o ordenamento jurídico, é certamente a expressão definitiva do movimento de *retorno ao direito* no país. Não se trata, como poderia parecer à primeira vista, de mera reconstrução do Estado de Direito após anos de autoritarismo militar. Mais que isso, o movimento de retorno ao direito no Brasil também pretende *reencantar* o mundo. Seja pela adoção do relativismo ético na busca do fundamento da ordem jurídica, seja pela defesa intransigente da efetivação do sistema de direitos constitucionalmente assegurados e do papel ativo do Judiciário, é no âmbito do constitucionalismo brasileiro que se pretende resgatar a *força do direito*. E são os constitucionalistas “comunitários” os encarregados desse resgate⁹.

⁹ CITTADINO, 2000, p. 13-14.

Os representantes do constitucionalismo brasileiro, capitaneados pelo ilustre José Afonso da Silva, estabelecem uma espécie de fratura no seio da cultura jurídica positivista e privatista, buscando, contra o positivismo, um fundamento ético para a ordem jurídica e, contra o privatismo, a efetividade do amplo sistema de direitos assegurados pela nova Constituição. Assevera Cittadino que, recusando o constitucionalismo liberal, marcado pela defesa do individualismo racional, deve-se passar, segundo esses autores, para um *constitucionalismo societário e comunitário*, que confere prioridade aos valores da igualdade e dignidade humanas¹⁰.

A dignidade humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, da cidadania, do pluralismo político, previstos no artigo 1º da Constituição, enquanto a igualdade de todos perante a lei inicia o enunciado do artigo mais comentado de todo o corpo constitucional, o 5º, relacionando os direitos e deveres individuais e coletivos, pertencentes ao Título II da Carta Magna – Dos Direitos e Garantias Individuais.

Os direitos e garantias individuais estão blindados pela proibição de deliberação de proposta de emenda constitucional tendentes a aboli-los (CF, art. 60, § 4º, IV).

Em um país com histórico de facilidade de aprovação de emendas constitucionais, essa blindagem é significativa e, graças a ela, a Justiça brasileira, incluindo a Militar, tem efetivamente cumprido seu papel. Dentre os vários princípios constitucionais colocados à disposição do cidadão, assume vital importância o da inafastabilidade do acesso ao Judiciário.

Para Cittadino, o artigo 5º, XXXV, da Constituição Federal, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do

¹⁰ CITTADINO, 2000, p. 15.

Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”, revela, como primeira garantia, que cabe ao Poder Judiciário o monopólio da jurisdição. A segunda garantia consiste no direito de invocar a atividade jurisdicional sempre que se tenha como lesado ou simplesmente ameaçado um direito individual ou coletivo¹¹.

Dentro dessa visão comunitária da Constituição brasileira, é indispensável, portanto, em um sistema equilibrado de partilha de competências institucionais, que o Poder Judiciário possa concluir acerca da racionalidade e da razoabilidade das regras jurídicas, sempre que for questionada lesão ou ameaça de lesão a direito individual ou coletivo, sob pena de, conclui a ilustre autora, permitir-se, pelo menos em tese, o arbítrio do legislador.

Assim, é possível afirmar que o sistema constitucional brasileiro foi talhado em princípios importantíssimos em favor da sociedade como um todo, ou, na visão de Denilson Feitoza Pacheco, são princípios fundamentais, ou seja, diretrizes basilares de um sistema, verdadeiras linhas mestras de acordo com as quais se deverá guiar o intérprete¹².

De caráter constitucional, influenciando diretamente na prestação jurisdicional (inclusive a militar), podemos destacar os seguintes princípios: os explícitos, como o *da supremacia da Constituição*, segundo o qual todo o direito militar (penal, processual penal, administrativo, disciplinar) deve adequar-se aos mandamentos constitucionais. Está atrelado ao princípio da inafastabilidade do acesso ao Judiciário, que permite a qualquer cidadão chegar até o Supremo Tribunal Federal, inclusive o cidadão militar, que pode discutir judicialmente até mesmo questões disciplinares, estando afastada a obrigatoriedade anteriormente vigente do esgotamento das vias recursais administrativas; *da*

¹¹ CITTADINO, 2000, p. 64.

¹² PACHECO, 2005, p. 156.

dignidade da pessoa humana, segundo o qual o ser humano inserido em um quadro processual possui um valor inerente à sua condição humana, que deve ser obrigatoriamente considerado, independentemente de sua condição de réu, vítima, testemunha, peritos etc.; *da liberdade individual*, segundo o qual ninguém será preso senão em flagrante delito ou por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, salvo nos crimes propriamente militares e transgressões disciplinares militares previstos em lei; *do devido processo legal*, como garantia de que ninguém será privado de sua liberdade ou de seus bens, sem o desenrolar de um processo com rito previsto em lei; *da não declaração de culpado*, que muitos preferem chamar de presunção da inocência (para nós são coisas diversas), segundo o qual ninguém será declarado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória; *da ampla defesa e do contraditório*, segundo o qual os acusados em processo penal e administrativo têm direito à ampla defesa e ao contraditório (contrapor-se à acusação); *do direito de permanecer calado* (e, em decorrência, de não autoincriminação); também o *da razoável duração do processo*, segundo o qual a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam sua celeridade; *da assistência judiciária gratuita*, garantida pelo Estado aos comprovadamente necessitados; *da inadmissibilidade das provas ilícitas*, cuja admissão indevida nulifica o processo.

Informa ainda a Justiça Militar brasileira os seguintes princípios constitucionais: a proibição de júízo ou tribunal de exceção; a irretroatividade da lei penal, salvo para beneficiar o réu; o de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado; a individualização da pena; a proibição da pena de morte, salvo em caso de guerra declarada; a proibição das penas de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis.

Há princípios implícitos, como o *princípio da proporcionalidade*, que anda de mãos dadas com o *princípio da razoabilidade*, de tal forma

que são considerados decorrentes um do outro, ou seja, a sanção será razoável quando for proporcional à ofensa.

Existem ainda poderosos instrumentos constitucionais para garantir tais princípios, como o *habeas corpus*, o *habeas data* e o mandado de segurança.

Por sua vez, a Constituição da República de Cabo Verde também pugnou pela garantia e pelo respeito à dignidade da pessoa humana, reconhecendo a inviolabilidade e inalienabilidade dos direitos do homem como fundamento de toda comunidade humana, da paz e da justiça, como fez constar de seu art. 1º.

Constituiu-se em um Estado de Direito Democrático assente nos princípios da soberania popular, no pluralismo de expressão e de organização política democrática e no respeito pelos direitos e pelas liberdades fundamentais (art. 2º).

Essa escolha do constituinte pela dignidade humana e pelos direitos fundamentais deve ser vista como valor essencial que dá unidade de sentido à Constituição de Cabo Verde, orientando o intérprete, em especial os integrantes do Poder Judiciário – dentro dela, os integrantes da sua Justiça Militar.

No Capítulo I do Título II da Constituição, que prevê os direitos, liberdades e garantias individuais, o constituinte cabo-verdiano garantiu aos seus cidadãos princípios universais importantíssimos, como o da inviolabilidade da vida humana e a integridade física e moral das pessoas; a proibição da tortura, das penas ou dos tratamentos cruéis, degradantes ou desumanos, além da impossibilidade da pena de morte em qualquer caso; da proibição da privação da liberdade, a não ser em consequência de sentença condenatória pela prática de atos puníveis com pena de prisão ou de aplicação de medida de segurança prevista em lei; do direito de toda pessoa detida ou presa ser imediatamente

informada das razões de sua detenção ou prisão e de seus direitos constitucionais, autorizada ainda a contatar advogado, diretamente ou por intermédio de sua família ou pessoa de sua confiança; do direito ao silêncio ao ser detida ou presa e à identificação dos responsáveis pela sua detenção ou prisão e pelo seu interrogatório; da intransmissibilidade da responsabilidade penal; do *non bis in idem*; da proibição da prisão perpétua; da presunção da inocência (assim declarado) até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, devendo ser julgada no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa; do contraditório; da nulidade das provas ilícitas etc.

Essa opção pela valorização dos direitos humanos está sempre ligada à ideia de direito natural. Bem por isso o jusfilósofo brasileiro Miguel Reale asseverou que os chamados “direitos da pessoa humana”, desde o direito à subsistência até as prerrogativas da igualdade e liberdade, são exemplos típicos dessas conquistas axiológicas, emergentes do processo histórico, e que todos, gregos e troianos, no Ocidente ou no Leste, proclamam ser patrimônio irrenunciável da espécie humana. Pouco importa que cada qual entenda tais palavras a seu modo, porque o essencial é a verificação da universalidade do reconhecimento que se faz de determinados direitos, tidos e havidos como representativos do patrimônio ético da civilização¹³.

3 A Justiça Militar e seu contexto no Poder Judiciário como um todo

Uma vez verificado se o direito militar atende às exigências do Estado Democrático de Direito, cabe analisar agora a posição que a Justiça Militar ocupa no Poder Judiciário considerado. A análise, por óbvio, passa pelo Brasil e por Cabo Verde.

A Justiça Militar brasileira está integrada ao Poder Judiciário nacional e sua fonte é a própria Constituição Federal.

¹³ REALE, 1984, p. 4.

São órgãos do Poder Judiciário brasileiro aqueles previstos no art. 92 da Carta Magna de 1988:

- I – o Supremo Tribunal Federal;
- II – o Superior Tribunal de Justiça;
- III – os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais;
- IV – os Tribunais e Juízes do Trabalho;
- V – os Tribunais e Juízes Eleitorais;
- VI – *os Tribunais e Juízes Militares*;
- VII – os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal.

Deve-se salientar, entretanto, que a Justiça Militar brasileira possui uma característica que a difere do modelo de outros países, já que no Brasil a Justiça Militar é um gênero que apresenta duas espécies: a Justiça Militar da União e a Justiça Militar Estadual.

Apesar de existirem desde a formação do país, confundindo-se com a sua história, em nível constitucional a Justiça Militar da União foi prevista em 1934 e a Justiça Militar Estadual em 1946.

3.1 Justiça Militar da União

A Justiça Militar da União é federal, possui jurisdição em todo o território brasileiro e tem por competência julgar e processar os crimes militares definidos em lei, não importando quem seja seu autor, o que vale dizer que julga até mesmo o civil.

São órgãos da Justiça Militar da União o Superior Tribunal Militar e os tribunais e juízes militares instituídos em lei.

Compõem o Superior Tribunal Militar (STM) 15 ministros vitalícios, nomeados pelo presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo 3 oficiais-generais da Marinha, 4 oficiais-generais do Exército e 3 oficiais-generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira, e 5 civis.

Os ministros civis são escolhidos também pelo presidente da República, sendo 3 dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de 10 anos de atividade profissional, e 2 por escolha paritária dentre juízes auditores e membros do Ministério Público Militar.

Em relação à Justiça Militar da União, por conta da Proposta de Emenda Constitucional n. 358/2005, constata-se que haverá uma redução do número de ministros do Superior Tribunal Militar previsto no art. 123 da Carta brasileira, que será reduzido de 15 para 11, restringindo, portanto, o número de ministros militares, e, apesar de diminuir o número de ministros civis (de 5 para 4), a reforma privilegia os juízes auditores, o que parece natural e justo, já que são juízes de carreira. Devem ficar, por conseguinte, 2 ministros da Marinha, 3 do Exército, 2 da Aeronáutica e 4 civis, sendo 2 oriundos da carreira de juiz auditor, um da carreira de advogados e um da carreira do Ministério Público Militar.

Diferentemente da mudança operada em relação à Justiça Militar Estadual, não há previsão de a figura do juiz de Direito, nem muito menos da presidência dos Conselhos, passar para o juiz auditor, o que poderá ocorrer *de lege ferenda*, por meio de processo legislativo que a própria Constituição estabelece.

O texto proposto para o art. 124 mantém a competência ampla de processar e julgar os crimes militares definidos em lei, independentemente de quem seja o seu autor (*e aí não existe alteração nenhuma*), mas é acrescido da nova competência de *exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas*.

A Justiça Militar da União está prevista entre os arts. 122 e 124 da Constituição Federal de 1988, tutelando os valores que são caros para as Forças Armadas do país.

O Superior Tribunal Militar – e, por extensão, a Justiça Militar brasileira – foi criado no período da vinda da Família Real Portuguesa ao Brasil, em 1º de abril de 1808, por alvará com força de lei assinado pelo príncipe regente D. João VI, com a denominação de Conselho Supremo Militar e de Justiça. É, portanto, o mais antigo Tribunal Superior do país, existindo há quase 200 anos. Além de ser a 2ª instância da Justiça Militar da União, o Superior Tribunal Militar tem competência originária para processar e julgar os oficiais-generais, bem como para decretar a perda do posto e da patente dos oficiais que forem julgados indignos ou incompatíveis com o oficialato.

3.2 Justiça Militar Estadual

A Justiça Militar Estadual tutela os valores que são caros para Polícias e Corpos de Bombeiros Militares, a ela competindo processar e julgar os crimes dessa natureza definidos em lei, desde que *praticados por servidores militares dos Estados*.

É uma competência criminal restrita, dela escapando os civis. Sua jurisdição limita-se ao território de seu estado ou do Distrito Federal.

Atualmente, conquanto a Constituição Federal preveja a possibilidade de os estados criarem Tribunais Militares quando o efetivo de sua Polícia Militar ultrapassar 20.000 integrantes, somente três estados, Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, possuem tribunais militares próprios.

Segundo João Carlos Bona Garcia, “no Rio Grande do Sul, a Justiça Militar existiu mesmo antes da Justiça comum. Chegou a bordo das naus portuguesas que integravam a expedição militar de Silva Paes, em 1737”¹⁴. Seu Tribunal Militar, criado em 1918, é o mais antigo Tribunal Militar do país.

¹⁴ GARCIA, 2003, p. 17.

Já o Tribunal Militar do Estado de São Paulo foi criado em 1937. Como bem disse o seu então presidente, por ocasião do 61º aniversário daquela Corte, “efetivamente, forçoso é convir que a nível de Justiça de Alçada, somos a Corte Paulista mais antiga, historicamente”¹⁵.

Por fim, o Tribunal Militar do Estado de Minas Gerais data de 1946.

A história da Justiça Militar em Minas Gerais remonta ao cenário construído pela chegada do político gaúcho Getúlio Vargas à Presidência da República em 1930. A Era Vargas (1930-45/1950-54), apesar de contraditória, deixou como principal legado a consolidação definitiva da soberania e da organização do aparato estatal brasileiro. Entre as inúmeras conquistas da sociedade brasileira originadas nesse período, está a criação da Justiça Militar no Estado, por meio da Lei nº 226, de 9 de novembro de 1937.

No primeiro momento, a instituição era composta apenas de um auditor e de Conselhos de Justiça, cabendo à Câmara Criminal da Corte de Apelação (atual Tribunal de Justiça) o julgamento em segunda instância. Essa situação permaneceu durante 9 anos, quando finalmente em 1946, a Constituição da República incluiu a Justiça Militar estadual como órgão do Poder Judiciário dos Estados.

Ainda no ano de 1946, a Lei de Organização Judiciária do Estado de Minas Gerais reestruturou a Justiça Militar, criando o Tribunal Superior de Justiça Militar, sediado em Belo Horizonte [...]”¹⁶.

Os demais estados brasileiros e o Distrito Federal possuem o 2º grau da Justiça Militar no seu respectivo Tribunal de Justiça.

A Emenda Constitucional n. 45/2004 promoveu substancial alteração na redação do art. 125 da CF, em especial nos seus §§ 3º, 4º e 5º.

No § 3º mudou apenas a referência para a criação do Tribunal de Justiça Militar, com relação ao efetivo de cada Corporação, apontado agora como *efetivo militar*, para incluir os integrantes do Corpo

¹⁵ CASTILHO, 1998, p. 24.

¹⁶ Justiça Militar de Minas Gerais comemora 65 anos. *Revista de Estudos e Informações*, Belo Horizonte, n. 10, p. 5, nov. 2002.

de Bombeiros Militar. Ao mesmo tempo, ressalva a competência do tribunal do júri quando a vítima for civil (§ 4º) e mantém a competência do tribunal competente¹⁷ para decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação dos praças.

Percebe-se que o novo texto constitucional mantém a omissão da referência ao Distrito Federal, se bem que este também possui a sua Justiça Militar própria desde 1992, quando deixaram os integrantes de sua Polícia Militar e de seu Corpo de Bombeiros Militar de ser processados e julgados perante a Auditoria da 11ª Circunscrição Judiciária Militar (CJM), pertencente à Justiça Militar da União.

Contudo, a maior mudança diz respeito à figura do juiz de Direito (*ex-juiz auditor*), que passa a ser o presidente dos Conselhos de Justiça, em detrimento dos oficiais superiores da Força, rompendo uma tradição que vem desde o nascimento da Justiça Militar brasileira, que ocorreu com a vinda de D. João VI ao Brasil e a criação do Conselho Supremo Militar e de Justiça (*atual STM*), em 1º de abril de 1808¹⁸.

Inova a Emenda Constitucional aprovada igualmente ao dispor que ao juiz de Direito do Juízo Militar competirá decidir singularmente a respeito de *crimes militares praticados contra civis* e ações judiciais contra atos disciplinares militares.

Em relação às ações judiciais contra atos disciplinares militares, é fácil entender: não seria crível que o Conselho formado muitas vezes por oficiais de menor posto ou antiguidade que o comandante militar, apontado como autoridade coatora, pudesse julgar tais processos, o que não ocorre em relação ao juiz de Direito, protegido

¹⁷ Nos Estados de Minas Gerais, Rio Grande do Sul e São Paulo, *tribunal competente* é o Tribunal de Justiça Militar. Nos demais Estados e Distrito Federal, é o Tribunal de Justiça.

¹⁸ Não obstante, alguns estados, como Rio de Janeiro, Santa Catarina e o Distrito Federal, já consignavam a figura do juiz auditor como presidente dos Conselhos de Justiça.

pelas garantias da magistratura que a própria Constituição lhe estabelece¹⁹.

No que se refere aos crimes militares praticados contra civis, não existem embasamentos jurídicos, técnicos ou lógicos, que justifiquem tal figura processual, levada a efeito por conta de pressões sofridas pelo Congresso Nacional, em face de alguns fatos de grande repercussão envolvendo policiais militares em serviço, que culminaram com a morte de inúmeros civis.

4 Independência e autonomia dos juízes, membros do Ministério Público e defensores que atuam na Justiça Militar

A análise da efetividade da Justiça Militar não poderia ser feita sem que se detivesse a um aspecto considerado de extrema importância, qual seja, o nível de independência e autonomia daqueles detentores de cargos e funções vitais para o exercício da prestação jurisdicional, os integrantes dos Conselhos de Justiça, os membros do Ministério Público e os advogados.

4.1 Os Conselhos de Justiça

Os Conselhos de Justiça constituem o 1º grau da Justiça Militar, tanto da União quanto dos estados e do Distrito Federal.

Como já foi dito alhures²⁰, o Conselho de Justiça é um órgão jurisdicional colegiado *sui generis*, formado por um juiz togado (auditor) e quatro juízes militares, pertencentes à Força a que estiver vinculado o acusado. Tem previsão constitucional: arts. 122, II, e 125, § 3º.

É *sui generis* em razão de sua divisão prevista no art. 16 da Lei n. 8.457/1992, Lei de Organização da Justiça Militar

¹⁹ Art. 95 da CF.

²⁰ Assis, 2001, p. 145.

da União (LOJMU), aplicável igualmente à Justiça Militar Estadual. Vejamos: o Conselho Permanente de Justiça, que processa e julga crimes militares cometidos por praças ou civis, tem seus juízes renovados a cada trimestre, sem vincular os juízes militares aos processos em que atuaram naquele período. Já o Conselho Especial de Justiça, destinado a processar e julgar oficiais até o posto de coronel ou capitão de mar e guerra, tem seus juízes militares escolhidos para cada processo. Vigê aqui, excepcionalmente, e somente em relação aos juízes militares, o princípio da identidade física do juiz, ou seja, aquele Conselho somente se extinguirá com a decisão final do processo.

O juiz auditor, assim como os demais magistrados que atuam no foro penal, não fica vinculado a processo algum.

O Conselho de Justiça é ainda *sui generis* em relação à forma de investidura e às garantias e prerrogativas de seus membros.

O juiz auditor, togado, é civil e ingressa na carreira por meio de concurso público de provas e títulos, com a participação da Ordem dos Advogados do Brasil em todas as suas fases (CF, art. 93, I), gozando das seguintes garantias: vitaliciedade, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídios (CF, art. 95), tendo em contrapartida as vedações do parágrafo único do referido artigo²¹.

Os juízes militares investem-se na função (e não no cargo) após terem sido sorteados dentre a lista de oficiais apresentada, nos termos dos arts. 19 e 23 da Lei n. 8.457/1992. São juízes de fato, não gozando das prerrogativas afetas aos magistrados de carreira. É de se ressaltar, ainda, que os oficiais são juízes *enquanto estiver reunido o Conselho*, que é efetivamente o órgão jurisdicional. Isoladamente, fora das reuniões

²¹ Exercer, ainda que em disponibilidade, outro cargo ou função, salvo uma de magistério; receber, a qualquer título ou pretexto, custas ou participação em processo; dedicar-se à atividade político-partidária; receber, a qualquer título ou pretexto, auxílios ou contribuições de pessoas físicas, entidades públicas ou privadas, ressalvadas as exceções previstas em lei; exercer a advocacia no juízo ou tribunal do qual se afastou, antes de decorridos três anos de afastamento do cargo por aposentadoria ou exoneração.

do Conselho de Justiça, os oficiais que atuam naquela Auditoria não serão mais juízes, submetendo-se aos regulamentos e normas militares que a vida de caserna lhes impõe.

Já em Cabo Verde não existem Conselhos de Justiça de primeiro grau, mas apenas o Tribunal Militar de Instância. É um tribunal de composição pequena, apenas três juízes, sendo dois deles militares e um juiz auditor. Os juízes militares do tribunal são comissionados por um período de três anos, prorrogável sucessivamente por igual período.

Depois de nomeados, não poderão ser exonerados, suspensos ou substituídos antes do fim do triênio da sua comissão ou do período de recondução, salvo nas hipóteses previstas em lei.

A comissão do juiz auditor (que é um magistrado civil) em Cabo Verde também é de três anos, prorrogável, sucessivamente, por igual período.

É interessante anotar que tanto os juízes militares (art. 137^o, n. 4, do Código de Justiça Militar – CJM) como o juiz auditor (art. 143^o, n. 2, CJM) poderão acumular outras funções além da judicatura castrense, os primeiros com funções de natureza militar, e o segundo com outras funções judiciais.

Essa situação não existe no Brasil, onde os juízes dos tribunais tornam-se vitalícios a partir da data da posse e exercem a jurisdição somente na Corte da qual fazem parte.

4.2 O Ministério Público Militar

No Brasil, o Ministério Público Militar está previsto na Constituição de 1988. Apesar do adjetivo *militar*, o Ministério Público é uma instituição civil, como civis são seus membros, possuindo autonomia e independência funcional. Representa o Estado (acusação) no processo penal.

Cada membro do Ministério Público, no exercício de sua nobre função, está subordinado apenas às leis e à sua consciência, ressalvada,

entretanto, a responsabilidade por danos concretamente causados pelo uso indevido, ou de má-fé, de suas funções institucionais.

Como dito anteriormente²², ramo especializado e congêneres do Ministério Público Federal, do Ministério Público do Trabalho e do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, o *Parquet* das Armas integra o Ministério Público da União. Atua perante a Justiça Militar Federal, com inúmeras atribuições judiciais e extrajudiciais. Foi criado em outubro de 1920, mas desde meados do século XIX ventilavam-se projetos de lei instituindo a figura do promotor de Justiça Criminal Militar. Atualmente, é regido pela Lei Complementar n. 75, de maio de 1993.

A carreira é formada, em 1ª instância, pelos cargos de promotor de Justiça Militar e procurador de Justiça Militar – órgãos de execução, os quais oficiam nas Auditorias Militares – e, no 2º grau de jurisdição, pelos subprocuradores-gerais da Justiça Militar, que têm exercício perante o Superior Tribunal Militar. São também órgãos o Procurador-Geral, a Corregedoria-Geral, o Colégio de Procuradores do Ministério Público Militar, o Conselho Superior e a Câmara de Coordenação e Revisão.

Em nível dos estados e do Distrito Federal não existe Ministério Público Militar, mas sim representantes dos Ministérios Públicos Estaduais que atuam nas Auditorias Militares.

Em Cabo Verde, o promotor de Justiça será um oficial do quadro permanente da ativa das Forças Armadas, nomeado para um mandato de dois anos, prorrogável sucessivamente por igual período.

Além de exercer funções de Ministério Público perante o Tribunal Militar, o promotor de Justiça assiste ao chefe do Estado-Maior das Forças Armadas em tudo o que lhe seja requerido no âmbito da Justiça Militar. Também é o chefe do Estado-Maior, como autoridade judiciária

²² SILVA, 2002, p. 18.

militar, que ordena a acusação que servirá para dedução do libelo (CJM, art. 193º), além de ter competência para ordenar o recurso obrigatório do promotor de Justiça (CJM, art. 229º, e).

Essa situação foi abordada pelo jurista cabo-verdiano José Pedro Bettencourt, para quem o promotor de Justiça, nos dizeres do artigo 151º do Código de Justiça Militar, exerce funções de Ministério Público, o que implica os deveres de exercer a ação penal e defender a legalidade democrática, os direitos dos cidadãos, o interesse público e os demais interesses que a Constituição ou a lei determinarem²³. Ora, isso implica, necessariamente, independência do promotor, o que não acontece, já que, quando recebe o processo com a ordem do Chefe do Estado-Maior das Forças Armadas para instaurar a acusação²⁴, deve fazê-lo; é obrigatório o recurso se a mesma autoridade o determinar²⁵ e só pode desistir do recurso com autorização daquela Chefia²⁶. Para garantir essa independência, o promotor de Justiça deveria ser um magistrado do Ministério Público, conclui²⁷.

4.3 O advogado na Justiça Militar

Os advogados que atuam na Justiça Militar brasileira são todos civis.

O Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos (CF, art. 5º, LXXIV).

É obrigatória a presença do defensor para o processo ou julgamento de qualquer acusado. A Constituição Federal alçou à condição de funções essenciais à Justiça, e por isso mesmo

²³ Artigo 222º, n. 1, da Constituição da República de Cabo Verde.

²⁴ Artigo 193º, n. 1, do Código de Justiça Militar de Cabo Verde. Instaurar a acusação tem o mesmo sentido de iniciar a ação penal, o que naquele país é feito pela apresentação de um libelo.

²⁵ Artigo 229º, alínea c, do Código de Justiça Militar de Cabo Verde.

²⁶ Artigo 237º, n. 2, do Código de Justiça Militar de Cabo Verde.

²⁷ BETTENCOURT, 2005, p. 66.

indispensáveis à sua Administração, a Advocacia e a Defensoria Pública (CF, arts. 133 e 134).

A Lei Complementar n. 80, de 12 de janeiro de 1994, organizou a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e prescreveu normas gerais para sua organização nos Estados.

A Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994, dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB).

Na Justiça Militar brasileira, a constituição de defensor dependerá de mandato se o acusado o indicar por ocasião do interrogatório ou em qualquer outra fase do processo por termo nos autos. Em havendo mandato (procuração), entretanto, este obedecerá aos termos do art. 38 do Código de Processo Civil.

A função de defensor é *privativa* do advogado regularmente inscrito na Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB, art. 1º, I).

Na ausência de defensor constituído, será nomeado um dativo, mas sempre um advogado. A competência para nomeação é do presidente do Conselho de Justiça (LOJMU, art. 29, III). O patrocínio da causa é obrigatório, salvo motivo relevante arguido pelo defensor dativo.

Na Justiça Militar de Cabo Verde, o defensor oficioso também será um oficial das Forças Armadas, da ativa ou da reserva, nomeado nos mesmos termos que os juizes militares.

Pondera com razão José Pedro Bettencourt que o defensor oficioso é um oficial das Forças Armadas de qualquer quadro e posto, da ativa ou da reserva, nomeado para defender os interesses dos demandados que não constituam advogados ou não indiquem defensor oficioso à sua escolha. Nunca foi nomeado qualquer licenciado em direito, tendo, algumas vezes, esse cargo sido ocupado por pessoas com formação em áreas afins²⁸.

²⁸ BETTENCOURT, 2005, p. 59.

Identifica-se certa hierarquização entre os operadores do direito militar cabo-verdiano. Assim, o cargo de promotor corresponde aos postos da classe dos oficiais superiores, não podendo, em caso algum, ser de posto superior ao do juiz presidente do Tribunal Militar. Já o defensor oficioso será um oficial de qualquer quadro ou posto, o que significa dizer que poderá ser dos quadros dos oficiais intermediários ou subalternos, o que, com a devida vênia, implica apresentar-se em uma situação hierarquicamente inferior aos juízes do Tribunal Militar de Instância e, até mesmo, ao promotor de Justiça Militar.

5 Limites de competência da Justiça Militar

O passo seguinte é verificar os limites da competência da Justiça castrense.

A competência da Justiça Militar, de modo geral, está delimitada por uma jurisdição penal e, também, em alguns casos, pela possibilidade de controle jurisdicional das sanções disciplinares.

5.1 Jurisdição penal militar

A competência penal está calcada na possibilidade de processar e julgar os autores de crime militar previsto em lei. Quando restrita, limita-se aos crimes essencialmente (propriamente) militares; quando ampla, abarca os crimes impropriamente militares, alcançando inclusive o civil.

O conceito de crime militar ainda é o da doutrina, sendo certo que tal definição é difícil e não raras vezes a jurisprudência aponta para decisões conflitantes sobre quando e como ocorre essa figura delitiva.

Para o jurista chileno Jorge Mera Figueroa,

en la doctrina actual existe un amplio consenso en el sentido de que el delito militar es un delito especial que se integra con dos ele-

mentos copulativos que lo caracterizam y distinguen de los delitos comunes: la naturaleza militar del bien jurídico protegido, a saber un bien jurídico de carácter castrense, y la calidad militar del autor, que infringe sus deberes militares, esto es, los que corresponden en tanto miembro de las Fuerzas Armadas²⁹.

No Brasil, Júlio Fabbrine Mirabete já apontava há muito que “árdua por vezes é a tarefa de distinguir se o fato é crime comum ou militar, principalmente nos casos de ilícitos praticados por policiais militares”.

Em edição atualizada da obra de Mirabete, Renato N. Fabbrine anotou acerca dessa afirmação do saudoso mestre que,

pela nova Constituição, compete à Justiça Militar processar e julgar os crimes militares definidos em lei (art. 124, *caput*), ou seja, os previstos no Código Penal Militar. Assim, inserido o crime em outra lei, afasta-se a competência dessa Justiça especial³⁰.

A anotação não foi precisa, já que a hipótese de um fato estar previsto tanto no Código Penal Militar como na legislação penal comum caracteriza o crime impropriamente militar, cuja competência, num primeiro momento, é da Justiça Militar, pelo princípio da especialização, e a remissão a ela (a anotação) é feita apenas para se aquilatar a dificuldade que encontra o jurista pátrio não afeito às lides da caserna para a exata compreensão do que seja o crime militar em relação ao crime comum.

No Brasil, a necessidade de se compreender o crime militar deriva atualmente da Carta Magna, a qual, referindo-se aos crimes propriamente militares, os excepcionou da necessidade do estado de flagrância ou da ordem da autoridade judiciária competente para a execução da prisão de seu autor.

²⁹ MERA FIGUEROA, 2002, p. 14.

³⁰ MIRABETE, 2004, p. 137.

No crime propriamente militar, a autoridade militar brasileira poderá prender o acusado sem que este esteja em flagrante delito e mesmo sem ordem judicial, situação impossível de se imaginar no caso de crime comum³¹.

Assim, se a Constituição brasileira reconhece a existência de crime militar próprio (ou propriamente militar, ou essencialmente militar, ou puramente militar), a consequência daí decorrente é a existência do seu correspondente impróprio (ou imprópriamente militar)³².

Essa distinção faz-se mais necessária se atentarmos ao fato de que, no Brasil, o Código Penal comum, ao tratar da reincidência em seu art. 64, II, exclui do seu cômputo, ao lado dos crimes políticos, os crimes militares próprios.

Daí por que necessário distingui-los tão acertadamente quanto possível.

Em uma definição bem simples, poder-se-ia dizer que crime propriamente militar é aquele que só está previsto no Código Penal Militar e que só poderá ser cometido por militar, como aqueles contra a autoridade ou disciplina militar ou contra o serviço militar e o dever militar. Já o crime imprópriamente militar está previsto, ao mesmo tempo, tanto no Código Penal Militar como na legislação penal comum, ainda que de forma um pouco diversa

³¹ São exemplos clássicos dessa possibilidade a captura e a prisão do desertor, e a colocação sob menagem forçada do insubmisso. Da mesma forma, durante a investigação policial militar, o encarregado do IPM poderá efetuar a detenção cautelar do indiciado que cometer crime militar próprio, por até 30 dias, sem necessidade de ordem da autoridade judicial competente, que deverá, entretanto, ser comunicada.

³² Jorge Alberto Romeiro (1994, p. 66-67) lembrou que as designações “crimes puramente militares” e “crimes propriamente militares” provêm da legislação mais antiga e já revogada, que os aludiam sem dizer em que consistiam, e que a vigente refere-se a crime propriamente militar e crimes militares próprios, também sem dizer o que sejam. E, que, embora sem os definir, nossos vigentes diplomas legais atribuem aos crimes propriamente militares relevantes efeitos jurídicos.

(roubo, homicídio, estelionato, estupro etc.)³³, e, via de regra, poderá ser cometido por civil³⁴.

O Código Penal Militar brasileiro prevê, ao mesmo tempo, tanto os crimes militares próprios como os impróprios.

Na legislação comparada, é possível observar que, na Espanha, a tipificação de condutas constitutivas de delito militar está centrada basicamente nos delitos exclusiva ou propriamente militares, porém, excepcionalmente contempla suposições que afetam o serviço e os interesses do Exército, em que não militares podem ser sujeitos ativos de ofensas à instituição armada com lesão do bem jurídico tutelado, podendo resultar delito militar formal e materialmente³⁵.

Já o Código de Justiça Militar de Portugal aplica-se aos crimes essencialmente militares, sendo que, em decorrência das alterações introduzidas na Constituição da República Portuguesa em 1997, foram extintos os tribunais militares em tempo de paz, os quais funcionarão

³³ Chrisólito de Gusmão (1915, p. 48-55) há quase um século já criticava acentuadamente os crimes impropriamente militares, os quais chamava de mistos, afirmando que sua existência não encontrava justificativa de modo algum. Questionava o autor em que o furto, a apropriação indébita, a falsidade e a difamação, entre outros, ofendiam especificamente a disciplina, a hierarquia ou a ordem administrativa militar. Para ele, tais crimes deveriam ser agravados em sua penalidade, quando praticados por militares, mas de acordo com o Código Penal comum. E desfechava: um Código Penal Militar só pode e só deve conter os crimes propriamente militares, isto é, aqueles que o militar pratica como tal. Direito Penal Militar.

³⁴ Eugenio Raúl Zaffaroni e Ricardo Juan Cavallero apontam que a doutrina argentina denomina os crimes cometidos por civis de “falsos delitos militares” e ponderam que, se o art. 508 do Código de Justiça Militar caracterizava o delito militar como toda violação dos deveres militares, não se pode afirmar que violam seus deveres militares quem não os tem ao seu cargo. Para os referidos autores, se os delitos em que se afetam bens jurídicos militares são cometidos por civis, não podem considerar-se delitos militares, serão delitos especiais do direito penal comum (ZAFFARONI; CAVALLERO, 1980, p. 11). A expressão falso delito militar também foi utilizada por Luis A. Luna Paulino como sendo aquela infração prevista e sancionada tanto na legislação penal militar como na comum (LUNA PAULINO, 1998, p. 188-189).

³⁵ Preâmbulo da Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, Del Código Penal Militar (apud MILLÁN GARRIDO, 2003, p. 95).

apenas durante a vigência do estado de guerra com competência para o julgamento de crimes de natureza estritamente militares³⁶.

Adotando modelo similar ao de Portugal, a legislação jurídico-militar da República de Cabo Verde centrou o seu Código de Justiça Militar nos chamados crimes essencialmente militares.

Há, a toda evidência, uma obediência ao comando constitucional do art. 217, quando declara competir ao Tribunal Militar da Instância o julgamento de crimes que, em razão da matéria, sejam definidos por lei como essencialmente militares, com recurso para o Supremo Tribunal de Justiça cabo-verdiano.

Na Argentina, lembram Igounet & Igounet(h) que

el artículo 108 Del CJM dispone que la jurisdicción militar comprende los delitos y faltas “esencialmente militares”. Pero he aquí que, como veremos, existen tipos penales militares (como la rebelión militar en alguna de sus formas) que constituyan figuras de idéntica estructura jurídica que sus similares Del Código Penal de la Nación³⁷.

Todavía, a Argentina extinguiu sua Justiça Militar em tempo de paz. Pela Lei n. 26.394³⁸, que entrou em vigor em 28 de fevereiro de 2009, os militares argentinos que cometam delitos serão julgados pela Justiça Federal e deverão submeter-se ao Código Penal como qualquer cidadão. Interessante anotar que o CJM argentino revogado previa, em seu art. 870, a punição de delitos comuns, nos casos submetidos à jurisdição militar, pelas disposições do Código Penal, e, havendo previsão do mesmo fato na legislação militar e comum, aplica-se a pena mais grave³⁹.

³⁶ Conforme ofício de 7.6.2001, do general Evandro Botelho do Amaral, então presidente do Supremo Tribunal Militar português, a nós endereçado.

³⁷ IGOUNET; IGOUNET(H), 1985, p. XXXIII.

³⁸ Sancionada em 6.8.2008 e publicada no Boletim Oficial de 29.8.2008.

³⁹ IGOUNET; IGOUNET(H), 1985, p. 405.

Já o novel Código Penal Militar da Colômbia⁴⁰ trouxe mudanças fundamentais ao tempo em que definiu os delitos tipicamente militares e excluiu da jurisdição penal militar os delitos de tortura, genocídio e desaparecimento forçado, dando aplicação à sentença da Corte Constitucional que já havia fixado o alcance do art. 221 da Constituição daquele país⁴¹.

O art. 5º do Código Penal Militar colombiano assevera ainda que “em nenhum caso os civis poderão ser investigados ou julgados pela justiça penal militar”. Essa impossibilidade, informa Gerardo Eto Cruz, também se faz presente nas Constituições da Guatemala e do México⁴².

Voltando agora para o Código Penal Militar brasileiro, observa-se que esse instrumento não conceitua o que seja crime militar.

Na expressão do autor do anteprojeto, o professor Ivo D’Aquino,

para conceituar o crime militar em si, o legislador adotou o critério *ratione legis*, isto é, crime militar é o que a lei considera como tal. Não define: Enumera. Não quer isto dizer que não haja cogitado dos critérios doutrinários *ratione personae*, *ratione loci*, ou *ratione numeris*. Apenas não estão expressos. Mas o estudo do art. 9º do Código revela que, na realidade, estão todos ali contidos⁴³.

O critério *ratione materiae* exige que se verifique a dupla qualidade militar – no ato e no agente.

São delitos militares *ratione personae* aqueles cujo sujeito ativo é militar, atendendo exclusivamente à qualidade militar do agente.

⁴⁰ Entrou em vigor em 13 de agosto de 2000.

⁴¹ O art. 221 da Constituição colombiana prevê que as Cortes Marciais ou Tribunais Militares conhecerão dos delitos cometidos por militares em serviço ativo e que tenham relação com o mesmo serviço.

⁴² ETO CRUZ, 2000, p. 42-43.

⁴³ D’AQUINO, 1970, p. 100.

O critério *ratione loci* leva em conta o lugar do crime, bastando, portanto, que o delito ocorra em lugar sob administração militar.

São delitos militares *ratione temporis* os praticados em determinada época, como, por exemplo, os ocorridos em tempo de guerra ou durante o período de manobras ou exercícios.

Daí, conforme já dito anteriormente, “a classificação do crime em militar se faz pelo critério *ratione legis*, ou seja, é crime militar aquele que o Código Penal Militar diz que é, ou melhor, enumera em seu art. 9º”.

5.2 Jurisdição disciplinar militar

Finalmente destaca-se outro ponto importante com relação à Justiça Militar, que é o aumento de competência ocorrido na Justiça Militar brasileira, materializada pelo processo e julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares.

Até o advento da Emenda Constitucional n. 45, de 8 de dezembro de 2004, a Justiça Militar, tanto a federal como a estadual, detinha competência apenas para processar e julgar os crimes militares definidos em lei. Com a referida Emenda, a Justiça Militar Estadual teve ampliada a sua competência para nela se inserir o processo e julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares.

Em relação à Justiça Militar da União, aguarda-se a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional n. 358 de 2005, que trará idêntico aumento de competência, traduzido pela expressão “exercer o controle jurisdicional sobre as punições disciplinares aplicadas aos membros das Forças Armadas”.

6 Os postulados modernos do direito penal e do direito disciplinar aplicados à Justiça Militar

Finalmente, é chegada a hora de verificar se os modernos princípios informativos, tanto do direito penal como do direito

disciplinar, encontram aceitação na Justiça Militar. Por ser a sociedade militar dogmática e ortodoxa, possuindo *modus vivendi* próprio, não se pode deixar de observar que a aplicação de princípios modernos do Direito por vezes soa como algo estranho no interior do quartel.

Postulados do moderno direito penal, como, por exemplo, o princípio da fragmentariedade e da intervenção mínima do Estado (*destinados ao legislador*), têm levado os operadores do direito, em maior ou menor escala, a aplicar ou rejeitar o princípio da insignificância no crime de furto e no crime de porte de pequena quantidade de substância entorpecente.

A Justiça Militar também sofre a incidência desses modernos princípios.

A discussão cresce quando o princípio da insignificância é aplicado até mesmo como causa “supralegal de” exclusão da tipicidade penal.

Que a sociedade militar é peculiar, ninguém duvida. A própria Constituição assim a apresenta, lastreada na disciplina e na hierarquia, que constituem a essência das Forças Armadas. Mesmo peculiar, integra a Administração Pública brasileira como um todo, obedecendo aos princípios previstos no art. 37, *caput*, da Carta Magna: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

Todavia, a sociedade militar submete-se aos princípios gerais do Direito. Pode e deve ser submetida ao controle do poder judicial, do qual a ninguém é dado furtar-se em um Estado Democrático de Direito.

Por outro lado, não há da mesma forma intromissão do Poder Judiciário nas questões essencialmente administrativas militares. Bem por isso, desde a instauração de sua primeira República, em 1891, o

Brasil adotou o Sistema de Jurisdição Única, isto é, o do controle administrativo pela Justiça comum, seja ela federal, seja estadual.

Esse importante controle judicial, fundado no princípio constitucional da inafastabilidade do acesso ao Judiciário, vem mudando, paulatinamente, o *modus vivendi* militar brasileiro. Vista por alguns como excessivamente severa, a grande verdade é que a legislação penal militar brasileira revela-se inovadora em diversos aspectos desde antes da edição dos Códigos Penal e de Processo Penal Militares em 1969.

Vale lembrar institutos penais pioneiros da legislação militar, como a expressa previsão do princípio da insignificância em alguns delitos militares (lesões corporais levíssimas e furto de pequeno valor), que tem sido ampliada atualmente pelo Supremo Tribunal Federal em crimes relacionados a porte de pequena quantidade de substâncias entorpecentes e até mesmo em crimes militares próprios, como abandono de serviço. Tal ampliação, todavia, apresenta-se como casos isolados: a adoção pelo CPM do sistema vicariante na aplicação da medida de segurança, muito antes do Código Penal comum; a previsão já em 1938 da assistência judiciária gratuita, por meio da figura do advogado de ofício; o instituto da delação premiada (que isenta de pena o agente do crime de conspiração que denuncia em tempo hábil e eficaz o ajuste de que participou), previsto no parágrafo único do art. 152 do CPM, e somente muito tempo depois foi trazido para o direito penal comum.

No direito disciplinar militar, que é de natureza administrativa, a ação transformadora exercida pela Justiça brasileira ante a garantia de acesso ao Judiciário pode ser lembrada pelo aumento considerável de expedição de liminares em ações de *habeas corpus* em face de transgressão disciplinar, assim como de antecipação de tutela em ações ordinárias que visam à nulidade de atos disciplinares militares.

Essas considerações são suficientes para demonstrar que o direito militar brasileiro sofre a influência de modernos princípios universais, estando em um processo de lenta transformação.

7 Conclusão: perspectiva de evolução da Justiça Militar

Diante das inúmeras circunstâncias que a envolvem (sociais, políticas e ideológicas), cremos ser difícil pretender traçar perspectiva única de evolução de Justiça Militar. O processo de sua estruturação é complexo e varia de país para país.

É possível, entretanto, estabelecer algumas linhas mestras, que deverão ser observadas quando se visar ao aprimoramento ou reforma da justiça especializada.

Essas linhas estarão relacionadas aos nossos cinco questionamentos iniciais: a Justiça Militar deve responder às exigências do Estado Democrático de Direito; deve igualmente ser parte integrante do Poder Judiciário considerado; os juízes, membros do Ministério Público e advogados que atuam na Justiça Militar devem ter independência funcional e estar cercados de garantias e prerrogativas que os habilitem a exercer bem seu mister; a competência da Justiça Militar deve ser estabelecida em conformidade com aquilo que a sociedade espera dela naquele momento e os princípios aplicáveis ao direito comum devem também sê-lo ao direito militar, resguardadas apenas as peculiaridades que informam as instituições militares.

Quanto ao primeiro ponto, a resposta às exigências do Estado de Direito, veremos que *ele está umbilicalmente ligado ao segundo*, qual seja, a Justiça Militar deve ser parte integrante do Poder Judiciário do Estado considerado.

Isso permite verificar que, enquanto alguns países se ajustam a este modelo (Portugal, Espanha, Brasil, Cabo Verde), um número considerável de Estados soberanos possui uma Justiça Militar sem suporte constitucional e, igualmente, que não faz parte do Poder Judiciário, ficando separado deste. Na Constituição da maior potência mundial inexistente algum conceito que possa corresponder a algo que signifique tratamento específico à Justiça Militar. É claro que os Estados Unidos são um país beligerante, em permanentes operações de guerra, e sua Justiça Militar é singular, com o direito militar aplicado pelas “Cortes Marciais”, gerais, especiais e sumárias, com uma concentração de poder considerável nas mãos do comandante.

O sistema americano opera inclusive com um Código no qual não existe o princípio da reserva legal ou da legalidade nos crimes militares.

Esse fato importante não passou despercebido a Octávio Augusto Simon de Souza, para quem o direito penal militar americano, ao contrário do direito brasileiro, rejeitou o princípio da reserva legal (ou princípio da legalidade) no que tange aos crimes militares. Não há diferença entre contravenção e crimes nem distinção entre infrações disciplinares e crimes, assim como na Inglaterra. Ambos estão definidos em sentido lato, bastando ver a maneira como os crimes estão definidos pelo *Uniform Code of Military Justice*⁴⁴.

A referência é apenas para lembrar a dificuldade de se estabelecerem parâmetros fixos, como uma Justiça Militar modelo para a América do Sul, Europa, África etc.

Em relação ao terceiro ponto inicialmente elencado, acreditamos na necessidade de uma justiça especializada e que a Justiça deve continuar sendo militar – é essa a essência da prestação jurisdicional que envolve as Forças Armadas e policiais militares, porém, a

⁴⁴ SOUZA, 2008, p. 66.

participação de juízes militares deve ficar restrita à composição dos conselhos de justiça, o escabinato, formando o amálgama entre a formação jurídica do juiz auditor e a experiência de caserna dos juízes militares. Também não temos dúvida alguma de que as funções do Ministério Público devem ser exercidas apenas por membros da Instituição, que serão civis. O mesmo raciocínio vale para os defensores, que devem ser advogados profissionais, afastando-se, sempre que possível, os oficiais militares dessas funções. Juízes auditores, membros do Ministério Público e advogados, todos civis, cercados de garantias e independência funcional, irão garantir uma melhor prestação jurisdicional. O juiz da obediência não pode ser o mesmo juiz da liberdade, dizemos isso ressaltando as opiniões contrárias e de todo respeitadas.

Quanto ao quarto ponto, a competência ideal para a Justiça Militar, entendemos que deve ser restrita e não ampla. Deve cingir-se ao processo e julgamento dos crimes propriamente (essencialmente) militares, ainda que se possam prever alguns crimes de natureza militar imprópria. No Brasil, a competência da Justiça Militar é ampla e a Justiça Militar da União julga até mesmo os civis, tanto em crimes militares impróprios como nos crimes propriamente (essencialmente) militares, naqueles casos de concurso de agentes. A questão do julgamento dos civis pela Justiça Militar em tempo de paz é complexa, e deve ser uma exceção, nunca uma regra geral.

O quinto ponto nos parece ser uma consequência dos anteriores, ou seja, a aplicação dos modernos postulados do direito penal será incorporada naturalmente à Justiça Militar se esta responder às exigências do Estado Democrático de Direito, estiver integrada ao Poder Judiciário do Estado considerado, seus juízes auditores, promotores de justiça e advogados tiverem independência funcional e autonomia administrativa para bem exercerem sua difícil e nobre missão.

Por fim, outro ponto não aventado até o momento. Cada país, em determinado momento social, com a supremacia das normas constitucionais em vigor e em obediência ao devido processo legislativo previamente estabelecido, irá definir qual o melhor modelo de sua Justiça Militar.

Países que optaram pela solução pacífica dos conflitos, como Brasil e Cabo Verde, devem optar por um direito militar (penal e disciplinar) cuja finalidade seja manter a disciplina e coesão daquele corpo especializado, tendo em vista o melhor desempenho de suas funções constitucionais em prol da sociedade que servem: a defesa da Pátria e a preservação da ordem pública.

Nesse aspecto, assume importância a existência da Justiça Militar brasileira, tendo em vista o aumento desenfreado da criminalidade cada vez mais organizada, aliada a problemas de violência e corrupção das forças policiais. Como cada estado e o Distrito Federal têm uma Polícia Militar com efetivos considerados, fácil perceber-se a extensão do problema considerado. Só a PM do Estado de São Paulo, com efetivo superior a 100.000 homens, supera o efetivo da Marinha e Aeronáutica consideradas juntas. Estados brasileiros menores têm em média de 7.000 a 10.000 homens, efetivos que sendo considerados pequenos, são de número superior às Forças Armadas de muitos países, ou seja, se o Brasil não tem aspecto beligerante para exigir um aumento de sua Justiça Militar da União, com toda certeza será beligerante, com todos os problemas que essa caracterização acarreta, no combate à criminalidade interna, combate esse feito por forças policiais, mas que possuem natureza militar.

Referências

ASSIS, Jorge César de. *Direito militar: aspectos penais, processuais penais e administrativos*. Curitiba: Juruá, 2001.

BETTENCOURT, José Pedro. La justicia militar en Cabo Verde. *Revista Humanitas et Militaris*, Florianópolis: Associação Internacional das Justiças Militares, n. 2, 2005.

CASTILHO, Evanir Ferreira. Discurso por ocasião do 61º aniversário do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, n. 9, jan./fev. 1998.

CITTADINO, Gisele. *Pluralismo, direito e justiça distributiva: elementos da filosofia constitucional contemporânea*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

D'AQUINO, Ivo. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, jul./set. 1970.

ETO CRUZ, Gerardo. *La justicia militar en el Perú*. Trujillo: Nuevo Norte, 2000.

GARCIA, João Carlos Bona. Tribunal Militar do Estado do Rio Grande do Sul: 85 anos. *Revista Direito Militar*, Florianópolis, n. 41, maio/jun. 2003.

GUSMÃO, Chrisólito de. *Direito penal militar*. Rio de Janeiro: Jacinto Ribeiro dos Santos, 1915.

IGOUNET, Oscar; IGOUNET, Oscar(H). *Código de justicia militar: anotado, comentado con jurisprudencia y doctrina nacional y extranjera*. Buenos Aires: Librería Del Jurista, 1985.

KAUFMANN, Arthur. *Introdução à filosofia do direito e à teoria do direito contemporâneo*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.

LUNA PAULINO, Luis A. *Derecho penal militar: parte general*. Santo Domingo, República Dominicana: Burgorama, 1998.

MERA FIGUEROA, Jorge. La parte especial del derecho penal militar chileno. Bases programáticas para su reforma integral. In: *Hacia una reforma de la justicia militar*. Santiago, Chile: Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, 2002. p. 11-72. (Cuadernos de análisis jurídico, serie publicaciones especiales, 13).

MILLÁN GARRIDO, Antonio. *Justicia militar*. 2. ed. Barcelona: Ariel, 2003.

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de direito penal: parte geral*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREIFINGER, Marcello. *Apontamentos de direito penal militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 1.

PACHECO, Denilson Feitoza. *Direito processual penal: teoria, crítica e práxis*. Niterói: Impetus, 2005.

REALE, Miguel. *Direito natural/direito positivo*. São Paulo: Saraiva, 1984.

ROMEIRO, Jorge Alberto. *Curso de direito penal militar: parte geral*. São Paulo: Saraiva, 1994.

SILVA, Marisa Terezinha Cauduro da. Ministério Público e Estado Democrático de Direito. *Revista do Ministério Público Militar*, Brasília, n. 18, p. 13-19, 2002.

SOUZA, Octávio Augusto Simon de. *Justiça militar: uma comparação entre os sistemas constitucionais brasileiro e norte-americano*. Curitiba: Juruá, 2008.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; CAVALLERO, Ricardo Juan. *Derecho penal militar: lineamientos de la parte general*. Buenos Aires: Ariel, 1980.