

BASES FILOSÓFICAS E DOUTRINÁRIAS ACERCA DA JUSTIÇA MILITAR¹

Jorge César de Assis²

INTRODUÇÃO

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 Militar³ deixar-se levar ao estudo - ainda que perfunctório, da 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 resposta.⁴

As considerações de ordem filosófica - que aqui serão tratadas de forma paralela àquelas outras de ordem doutrinária, não serão feitas de forma 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 Cabo Verde*) e sua posição dentro do Estado Democrático de Direito.

Tanto quanto possível proceder-se-á 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 isto, e levando em conta o aspecto de reflexão a que se destina este Encontro cremos ser necessário questionarem-se cinco pontos fundamentais, de modo a que se possa chegar a conclusões seguras sobre o ideal de Justiça Militar: 1º) O Direito

¹ Palestra ministrada no Encontro de Reflexão sobre a Justiça Militar, em data de 12.03.2008, na cidade de Praia, capital da República de Cabo Verde.

² Brasileiro. Membro do Ministério Público da União. Promotor da Justiça Militar lotado em Santa Maria-RS. Sócio fundador da Associação Internacional das Justiças Militares – AIJM.

³ O termo *aplicador* está sendo utilizado em sentido mais restrito daquele dado ao *operador* do Direito. Por operadores entenda-se a abrangência a juizes, membros do ministério público, defensores e autoridades de polícia judiciária, enquanto aplicadores seriam apenas as duas primeiras categorias, conforme lecionam Cícero Robson Coimbra Neves e Marcello Streifinger.

⁴ KAUFMANN, Arthur. Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneo. Lisboa: Fundação Caouste Gulbenkian, 2002, p.25.

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?

Sempre é bom lembrar que a Justiça Militar brasileira (*assim como a cabo verdiana*) tem origem, por óbvio, na legislação de Portugal. Todavia, se essa influência perdurou no Brasil, desde a data do descobrimento em 22 de abril de 1500 até a Proclamação da Independência em 07 de setembro de 1822, foi a partir daí que a legislação militar brasileira começa a tomar contornos próprios, o que se acentuou após a Proclamação da República em 15 de novembro de 1889. Por ocasião da proclamação da República, a grande influência por aquela época era dos Estados Unidos da América, em face de sua proclamada Constituição assinada em 17.09.1787, sendo essa influência 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 qualquer dúvida, que a Justiça Militar brasileira apresenta hoje, um modelo único no mundo globalizado, *sui generis*, salvo engano para o qual desde logo nos penitenciamos.

Nesta 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, o que se manteve por séculos. Praticamente 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 o Militar.

Desta forma, atualmente, a maioria dos países sul americanos possuem uma Justiça Militar cujo modelo é o espanhol, cuja legislação deriva das antigas *Ordenanzas*. São justiças essencialmente militares, onde juízes, membros do Ministério Público e Defensores são oficiais militares, em alguns países, seguindo o modelo espanhol, existe o Corpo Jurídico Militar, como o Peru. O Brasil, tendo sido influenciado inicialmente por Portugal, adquiriu, ao longo do fortalecimento da República, um modelo próprio de Justiça Militar, que hoje, encontra-se muito distante do modelo português.

A Justiça Militar cabo verdiana também segue o modelo de Portugal. Informa-nos José Pedro Bettencourt⁵, que Cabo Verde tornou-se independente a 5 de Julho de 1975 como corolário de um processo *sui generis* de luta de libertação desenvolvida na Guiné-Bissau, pelo PAIGC (Partido Africano para a Independência da Guiné e Cabo Verde).⁶

Na altura encontrava-se em vigor o Código de Justiça Militar de 1925, aprovado pelo Decreto nº 11.292, de 26 de Novembro de 1925 que, rompendo com o anterior de 1895, consagra o foro pessoal. Código esse que se manteve em vigor, por força do disposto no artigo 22º da Lei sobre a Organização Política do Estado⁷, publicado no Boletim Oficial nº 1, de 5 de Julho de 1975 que, no seu artigo 22º dizia ***“A legislação portuguesa em vigor nesta data mantém transitoriamente a sua vigência⁸ em tudo o que não for contrário à soberania nacional, à presente Lei, às restantes Leis da República e aos princípios e objectivos do P.A.I.G.C.”*** SIC.⁹

Passemos então ao desenvolvimento de nossas idéias.

⁵BETTENCOURT, José Pedro. La Justicia Militar em Cabo Verde. Revista Humanitas et Militaris nº 2. Florianópolis: Associação Internacional das Justiças Militares, 2005, p.55.

⁶ A luta armada que conduziu à independência a Guiné-Bissau e Cabo Verde teve lugar na Guiné-Bissau. A 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, em finais de 1974, inícios de 1975 chegam a Cabo Verde muitos dos militares cabo-verdianos, combatentes nas matas da Guiné-Bissau que, com alguns cabo-verdianos que pertenciam ao exército português e outros recrutados ainda antes do dia 5 de Julho, deram corpo às Forças Armadas de Cabo Verde.

⁷ Trata-se da primeira Lei de valor Constitucional do Cabo Verde independente.

⁸ 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.

⁹ Dispositivos com igual espírito têm sido acolhidos em todas as leis constitucionais. Na atual constituição encontrou guarida no artigo 288º 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.”***

1 O DIREITO MILITAR E AS EXIGÊNCIAS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

Sem qualquer 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 um amplo debate entre os diversos setores da sociedade e os integrantes da Assembléia 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 vimos, 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 uma 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 deste resgate.¹⁰

Os representantes do constitucionalismo brasileiro, capitaneados pelo ilustre José Afonso da Silva, estabelecem uma espécie de fratura no seio da cultura jurídica positivista e privativista, buscando, contra o positivismo, um fundamento ético para a ordem jurídica; e contra o privativismo, a efetividade do amplo sistema de direitos assegurados pela nova Constituição. Assevera Cittadino que, recusando o

¹⁰CITTADINO, Gisele. Pluralismo. Direito e Justiça Distributiva. Elementos da Filosofia Constitucional Contemporânea, 2ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000, p.13-14.

constitucionalismo liberal, marcado pela defesa do individualismo racional, deve-se passar segundo estes autores, para um *constitucionalismo societário e comunitário*, que confere prioridade aos valores da igualdade e dignidade humanas.¹¹

A dignidade humana é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, da cidadania, do pluralismo político, prevista no art. 1º da Constituição, enquanto que 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 (art. 60, § 4º, IV).

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

Para Cittadino, o art. 5º, XXXV da Constituição Federal declara que '*a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*'. A primeira garantia que o texto revela é a de 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 coletivo.¹²

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

¹¹ Ibidem, p.15.

¹² Ibidem, p.64.

um sistema, verdadeiras linhas mestras de acordo com as quais deverá se guiar o intérprete.¹³

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 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, independente 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 seja 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 a ampla defesa e ao contraditório (contrapor-se à acusação); *DIREITO DE PERMANECER CALADO* (e, em decorrência, de não auto-incriminação); Também aos *DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO*, segundo o qual a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e meios que garantam a celeridade do processo; *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 juízo ou tribunal de exceção; a irretroatividade da lei penal salvo para

¹³ PACHECO, Denilson Feitoza. Direito Processual Penal. Teoria, Crítica e Práxis. Niterói: Editora Impetus, 2005, p.156.

beneficiar o réu; o de que nenhuma pena passará da pessoa do condenado; o da individualização da pena; a proibição da pena de morte, salvo o caso de guerra declarada; a proibição das penas de carácter 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 os consideramos 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 respeito pela 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.

Constitui-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 liberdades fundamentais (art. 2º).

Esta 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 aos 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 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 contactar advogado, diretamente ou por intermédio de sua família ou pessoa de sua confiança; 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 julgado no mais curto prazo compatível com as garantias de defesa; do contraditório; da nulidade das provas ilícitas, etc.

Esta opção pela valorização dos direitos humanos está sempre ligada à idéia de Direito Natural. Bem por isso, que o jusfilósofo brasileiro Miguel Reale asseverou que, os chamados 'direitos da pessoa humana', por exemplo, 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 civilização.¹⁴

2 A JUSTIÇA MILITAR E SEU CONTEXTO DENTRO DO 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 dentro do Poder Judiciário considerado. A análise, por óbvio, passa pelo Brasil e Cabo Verde.

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

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*;**

¹⁴ REALE, Miguel. Direito Natural / Direito Positivo. São Paulo: Editora Saraiva, 1984, p.4.

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 e dos Estados Membros, confundindo-se com a história dos mesmos, a nível constitucional a Justiça Militar da União foi prevista em 1934 e, a Justiça Militar Estadual em 1946.

a. JUSTIÇA MILITAR DA UNIÃO

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

Possui jurisdição em todo território brasileiro.

São órgãos dessa Justiça Militar da União, o Superior Tribunal Militar e os Tribunais e Juízes Militares instituídos em lei.

Compõe o Superior Tribunal Militar (STM) 15 Ministros vitalícios, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a indicação pelo Senado Federal, sendo 03 dentre Oficiais-Generais da Marinha, 04 dentre Oficiais-Generais do Exército e 03 dentre Oficiais-Generais da Aeronáutica, todos da ativa e do posto mais elevado da carreira e, 05 dentre civis.

Os Ministros civis serão escolhidos também pelo Presidente da República sendo, 03 dentre advogados de notório saber jurídico e conduta ilibada, com mais de 10 anos de atividade profissional, e 02 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 nº 358/2005, constata-se que haverá uma redução do número de Ministros do Superior Tribunal Militar previsto no art. 123 da Carta brasileira, caindo de 15 para 11, diminui, 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

me parece natural e justo já que são juízes de carreira. Devem ficar, portanto: 2 ministros da marinha, 3 do exército, 2 da aeronáutica e 4 civis, sendo 2 oriundos da carreira de juiz-auditor, 1 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 da figura do Juiz de Direito, nem muito menos da Presidência dos Conselhos passarem para o Juiz-Auditor, o que poderá ocorrer *de lege ferenda*, através do 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 artigos 122 a 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 quando 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 e 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 de decretar a perda do posto e da patente dos Oficiais que forem julgados indignos ou incompatíveis para com o oficialato.

b. JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

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

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 dos Estados criarem Tribunais Militares quando o efetivo de sua Polícia Militar ultrapasse o efetivo de 20.000 integrantes, somente três Estados, Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul, possuem tribunais militares próprios.

*‘ 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’.*¹⁵

Seu Tribunal Militar criado em 1918 é o mais antigo Tribunal Militar do país.

Já o Tribunal Militar do Estado de São Paulo foi criado em 1937.

Como bem disse 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’.*¹⁶

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

*‘A história da Justiça Militar em Minas Gerais remonta ao cenário constituído pela chegada do político gaúcho Getúlio Vargas à Presidência da República em 1930. A era Vargas (1930-1945; 1950-1954), apesar de contraditória deixou como principal legado a consolidação definitiva da soberania e da organização do aparato estatal brasileiro. Entre inúmeras conquistas brasileiras originadas nesse período está a Justiça Militar no Estado, por meio da Lei nº 226, de 09.11.1937’. 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 2ª instância. Essa situação perdurou durante 09 anos quando finalmente em 1946, a Constituição da República incluiu a Justiça Militar Estadual como órgão do Poder Judiciário dos Estados. Ainda em 1946, a Lei de organização judiciária do Estado de Minas Gerais reestrutura as Justiças Militares, criando o Tribunal Supremo de Justiça Militar, com sede em Belo Horizonte.*¹⁷

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

A Emenda Constitucional nº 45/2004, promoveu substancial alteração na redação do art. 125 da CF, em especial nos seus §§ 3º, 4º e 5º.

¹⁵ Garcia, João Carlos Bona. Tribunal Militar do Estado do Rio Grande do Sul: 85 anos. Revista Direito Militar nº 41, Florianópolis, maio / junho de 2003, p.17.

¹⁶ Castilho, Evanir Ferreira. Discurso por ocasião do 61º aniversário do Tribunal de Justiça Militar do Estado de São Paulo. Revista Direito Militar nº 09, Florianópolis, janeiro / fevereiro de 1998, p. 24.

¹⁷ Justiça Militar de Minas Gerais comemora 65 anos. Revista de Estudos e Informações nº 10, Belo Horizonte, novembro de 2002, p. 04.

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 entender-se considerado no efetivo militar inclusive os integrantes dos Corpos de Bombeiros Militares. Ao mesmo tempo ressalva a competência do tribunal do júri quando a vítima for civil e mantém a competência do tribunal competente para decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

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

Mas 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 1808.¹⁸

Inova a Emenda Constitucional aprovada igualmente ao dispor que ao Juiz de Direito do Juízo Militar competirá decidir singularmente os **crimes militares praticados contra civis** e as 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 pelas garantias da magistratura que a própria Constituição lhe estabelece.¹⁹

Já em relação 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.

¹⁸ Inobstante, 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

¹⁹ CF, art. 95

3 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 se deter em um aspecto que consideramos 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.

a. OS CONSELHOS DE JUSTIÇA

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

Como já dissemos 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 pertencer 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 8.457/92 – Lei de Organização da Justiça Militar 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 têm seus juízes renovados a cada trimestre, sem vincular os juízes militares ao processo nos quais atuarem 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 das garantias e prerrogativas de seus membros.

²⁰ Assis, Jorge César de. Direito Militar: Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos. Curitiba: Editora Juruá, 2001, p.145.

O juiz auditor, togado, é civil e ingressa na carreira através 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 artigo.²¹

Os juízes militares investem-se na função (e não no cargo) após terem sido sorteados dentre a lista de oficiais apresentados, nos termos dos artigos 19 e 23 da Lei 8.457/92. São juízes de fato, não gozando das prerrogativas afetas aos magistrados de carreira. De se ressaltar, ainda, que os oficiais são juízes *estando reunido o Conselho*, que é efetivamente o órgão jurisdicional. Isoladamente, fora das reuniões 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 3 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 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. 137º, nº 4, do Código de Justiça Militar - CJM) como o juiz auditor (art. 143º, nº 2, CJM) poderão acumular outras funções além da judicatura castrense, os primeiros com funções de natureza militar, e o segundo com outras funções judiciais.

Esta 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.

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.

b. O MINISTÉRIO PÚBLICO MILITAR

No Brasil, o Ministério Público Militar está previsto igualmente 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, ressalvado, entretanto, a responsabilidade por danos concretamente causados, pelo uso indevido ou de má-fé, de suas funções institucionais.

Como dito anteriormente²², ramo especializado e congênere 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 nº 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 os Subprocuradores Gerais da justiça Militar, no 2º grau de jurisdição, 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 junto às Auditorias Militares.

Em Cabo Verde o promotor de justiça será um oficial do quadro permanente da ativa das Forças Armadas, nomeado por um período 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

²² Silva, Marisa Teresinha Cauduro da. Ministério Público e Estado Democrático de Direito, Revista do Ministério Público Militar nº 18, Brasília, 2002, p. 18.

que lhe seja requerido no âmbito da Justiça Militar. Também é o Chefe do Estado Maior, como autoridade judiciária militar, que ordena a acusação que servirá para dedução do libelo (art. 193º, CJM), além de ter competência para ordenar o recurso obrigatório do promotor de justiça (art. 229º, *e*, CJM).

Esta 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 para instaurar a acusação²⁴, deve acusar, é obrigatório o recurso se o Chefe do Estado Maior o determinar²⁵ e só pode desistir do recurso com autorização do Chefe do Estado Maior²⁶. Para garantir essa independência, o Promotor de Justiça deveria ser um magistrado do Ministério Público, conclui.²⁷

c. 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 Indispensáveis à sua Administração, a Advocacia e a Defensoria Pública (art. 133).

A Lei Complementar nº 80, de 12.01.1994, organizou a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios, e prescreve normas gerais para sua organização nos Estados.

²³ Nº 1 do artigo 222º do Constituição da República.

²⁴ Nº 1 do artigo 193º do Código de Justiça Militar.

²⁵ Alínea c) do artigo 229º do Código de Justiça Militar.

²⁶ Nº 2 do artigo 237º do Código de Justiça Militar.

²⁷ BETTENCOURT, José Pedro. La Justicia Militar em Cabo Verde. Revista Humanitas et Militaris nº 2, p.66.

A Lei 8.906, de 04.07.1994, dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (EAOAB).

Na Justiça Militar brasileira, a constituição de defensor independerá de mandato se o acusado o indicar por ocasião do interrogatório ou em qualquer outra fase do processo por termo nos autos. 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 (art. 1º, I, EAOAB).

Na ausência de defensor constituído, será nomeado um dativo, mas sempre um advogado. A competência para nomeação é do presidente do Conselho de Justiça (art. 29, III, LOJMU). O patrocínio da causa é obrigatório, salvo motivo relevante argüido 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 juízes 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 afins.²⁸

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 em apresentar-se em uma situação hierarquicamente inferior aos juízes do Tribunal Militar de Instância e, até mesmo ao Promotor de Justiça Militar.

4 LIMITES DE COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA MILITAR

²⁸ *Ibidem*, p.59.

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

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

a. JURISDIÇÃO PENAL MILITAR

A competência penal está calcada pela possibilidade de processar e julgar os autores de crime militar previsto em lei. Quando restrita, se limita 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 esta 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 elementos 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 Armadas”.²⁹

No Brasil, Júlio Fabbrine Mirabete já apontava de há muito que, “ádua 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 especial”.³⁰

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

²⁹ La Parte Especial del Derecho Penal Militar Chileno. Bases Programáticas para su Reforma Integral. Hacia una Reforma de la Justicia Militar, Cuadernos de Análisis Jurídicos, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2002, p.14.

³⁰ Manual de Direito Penal, Parte Geral, 21ª edição, Editora Atlas, São Paulo, 2004, p.137

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 com o 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.

Nos 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 em relação ao crime comum.³¹

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 impropriamente militar)³².

Esta distinção se faz mais necessária se atentarmos 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.

Dá porque necessário distingui-los tão acertadamente quanto possível.

Em uma definição bem simples poderíamos 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 impropriamente militar está previsto ao mesmo tempo, tanto no Código Penal Militar como na legislação penal comum, ainda que de forma um pouco diversa (roubo, homicídio, estelionato, estupro, etc.)³³ e via de regra, poderá ser cometido por civil.³⁴

³¹ São exemplos clássicos desta 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 lembrou que os as designações crimes puramente militares e crimes propriamente militares provém da legislação mais antiga, e já revogada, que os aludiam sem dizer em que consistiam, e que a vigente se refere 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. Ob.citada, p.66 e 67.

³³ Chrisólito de Gusmão há quase um século já criticava acentuadamente os crimes impropriamente militares, os quais chamava de mixtos, 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

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

Na legislação comparada, iremos ver 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 ao serviço e aos 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 virtude das alterações introduzidas na Constituição da República Portuguesa em 1997 foram extintos os tribunais militares em tempo de paz, os quais funcionarão 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, nos lembram Igounet(h)-Igounet que “el artículo 108 Del CJM dispone que la jurisdicción militar comprende los delitos y faltas ‘essencialmente

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*. Ibidem, p. 48 a 55.

³⁴ Eugênio Raul 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 caracteriza 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, os delitos em que se afetam bens jurídicos militares porém são cometidos por civis, não podem considerar-se delitos militares, serão delitos especiais do direito penal comum. *Derecho Penal Militar. Lineamientos de La Parte General*, 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. *Derecho Penal Militar – Parte General*. Santo Domingo, República Dominicana: Editora Burgorama, 1998, p.188-9.

³⁵ Preâmbulo da Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, Del Código Penal Militar. *Apud* Antonio Millán Garrido, *Justicia Militar*, 2ª edição, Ariel, Barcelona, 2003, p.95

³⁶ Conforme ofício de 07.06.2001, de S. Exa. O Gen Evandro Botelho do Amaral, então Presidente do Supremo Tribunal Militar português, a nós endereçado.

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 Nación".³⁷

Interessante anotar que o CJM argentino prevê, em seu art. 870, a punição de delitos comuns, nos casos submetidos à jurisdição militar, pelas disposições do Código Penal, sendo que havendo previsão do mesmo fato na legislação militar e comum, aplicar-se-á a pena mais grave".³⁸

Já o novel Código Penal Militar da Colômbia³⁹ 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 país.⁴⁰

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'. Esta impossibilidade nos informa Gerardo Eto Cruz, também se faz presente na Constituição da Guatemala e do México.⁴¹

Voltando agora para o Código Penal Militar brasileiro, veremos que o mesmo 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 contidos".⁴²

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.

³⁷ Código de Justicia Militar, Anotado, Comentado, con Jurisprudencia y Doctrina Nacional y Estranjera. Librería Del Jurista, Buenos Aires, Argentina, 1985, p.XXXIII.

³⁸ idem, p.405.

³⁹ Entrou em vigor em 13 de agosto de 2000.

⁴⁰ O art.221 da Constituição colombiana prevê que as Corte Marciais ou Tribunais Militares conhecerão dos delitos cometidos por militares em serviço ativo e que tenham relação com o mesmo serviço.

⁴¹ CRUZ, Gerardo Eto. La Justicia Militar en el Perú. Trujillo: Editora Nuevo Norte S.A., 2000, p. 42-43.

⁴² Revista de Informação Legislativa, Brasília, julho / setembro de 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 dissemos 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”.

b. JURISDIÇÃO DISCIPLINAR MILITAR

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

Até o advento da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, sempre houve a discussão no Brasil acerca da dualidade de jurisdição existente, jurisdição penal na Justiça Militar e, jurisdição cível, para conhecer das questões disciplinares, na Justiça comum, tanto em nível federal quanto estadual.

Em relação à Justiça Militar da União, aguarda-se a aprovação da Proposta de Emenda Constitucional nº 358, de 2005, que trará idêntico aumento de competência, traduzido pela expressão “exercer o controle jurisdicional das punições disciplinares militares.

5 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 inclusive como causa “supra legal de” exclusão da tipicidade penal.

Que a sociedade militar é peculiar, ninguém duvida. A própria Constituição assim lhe 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, ou seja, o do controle administrativo pela Justiça comum seja ela federal ou estadual.

Este importante controle judicial, fundado no princípio constitucional da inafastabilidade do acesso ao judiciário, vem mudando, paulatinamente, o *modus vivendi* militar brasileiro. No direito penal militar diria que não é de hoje, vista por alguns doutrinadores como uma legislação severa, rígida e por vezes até retrógada, a grande verdade é que a legislação penal militar brasileira se revela inovadora em diversos aspectos desde antes da edição dos códigos penal e de processo penal militares em 1969.

Não será objeto desta palestra por não comportar espaço, entretanto 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), previsão 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 se apresenta 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, através da figura do advogado de ofício; o instituto da delação premiada, previsto no parágrafo único do art. 152 do CPM, que isenta de pena o agente do crime de conspiração que denuncia em tempo hábil e eficaz o ajuste de que participou, e que 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 em face da 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.

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

6 CONCLUSÃO: PERSPECTIVA DE EVOLUÇÃO DA JUSTIÇA MILITAR

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

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

Estas 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 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 adéquam 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 inexistia algum conceito que possa corresponder a algo que signifique tratamento específico à Justiça Militar. É claro que os Estados Unidos é um país beligerante, em permanente 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 onde não existe o princípio da reserva legal ou da legalidade nos crimes militares.

Este fato importante não passou despercebido para Octavio Augusto Simon de Souza, para quem é um fato que 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 ou 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*⁴³

A referência é apenas para lembrar a dificuldade de se estabelecer parâmetros fixos, como uma Justiça Militar tipo, 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 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 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

⁴³ Justiça Militar: uma comparação entre os sistemas constitucionais brasileiro e norte-americano. Curitiba: Editora Juruá, 2008, p.66.

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 a mesma 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 inclusive os civis, tanto em crimes militares impróprios, como até mesmo 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 o 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.

Neste aspecto, assume importância a existência da Justiça Militar brasileira, em vista do 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 efetivos superiores a 100.000 homens supera o efetivo da Marinha e Aeronáutica considerada junta. 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 de forma a exigir um aumento de sua Justiça Militar da União, com toda certeza será beligerante – com todos os problemas que esta caracterização acarreta, no combate à criminalidade interna, combate esse feito por forças policiais, mas que possuem natureza militares.