



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO PÚBLICO

RICARDO FREITAS

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DURAÇÃO TRIMESTRAL DO
CONSELHO PERMANENTE NA JUSTIÇA MILITAR**

Salvador
2017

RICARDO FREITAS

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA DURAÇÃO TRIMESTRAL DO
CONSELHO PERMANENTE NA JUSTIÇA MILITAR**

Monografia apresentada como requisito para a obtenção do título de especialista perante a Faculdade Baiana de Direito no Curso de Pós-Graduação em Direito Público.

Salvador
2017

AGRADECIMENTOS

Primeiramente a Deus, que é a luz maior da minha vida, me guiando e protegendo em todos os momentos, a razão de tudo.

Aos meus familiares, que estiveram sempre ao meu lado em todos os momentos de minha vida, tornando o nosso convívio cada vez mais edificante e harmonioso, e me educando para ser um homem do bem.

Aos meus colegas da briosa Polícia Militar do Estado da Bahia, que todos os dias arriscam suas vidas em prol da segurança de nossa sociedade, e que foram a minha real motivação para escrever sobre este tema.

A todos que direta ou indiretamente fizeram parte da minha formação, o meu muito obrigado.

Como pode haver Justiça
Sem haver paz?
pois a paz é fruto
Da justiça.

Não são armas que garantem
Uma paz serena e duradoura
Mas suscitam a revolta
Insuflam a violência.

A justiça ampara, defende,
Acolhe os desprotegidos,
Cessa os conflitos
E promove a Paz.

Amália Dias

FREITAS, Ricardo. **A (in)constitucionalidade da duração trimestral do Conselho Permanente na Justiça Militar**. 2017. Monografia (Especialização) – Pós-Graduação em Direito Público, Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2017.

RESUMO

Estudo teórico exploratório, não exaustivo, que se propõe a analisar a duração trimestral do Conselho Permanente na Justiça Militar, com o fito de demonstrar sua inconstitucionalidade. Para tal mister, examinar-se-á a Justiça Militar, analisando a seu histórico e implantação no Brasil, conceituando crimes militares e traçando as diferenças entre tempo de paz e tempo de guerra. Em seguida, estudar-se-ão os valores da disciplina e hierarquia militar, traçando as diferenças entre crime militar e transgressão disciplinar, e demonstrando os requisitos de uma ordem de superior hierárquico. Posteriormente, far-se-á uma análise do funcionamento dos Conselhos de Justiça, diferenciando-os e demonstrando as principais mudanças trazidas com a Emenda Constitucional nº 45/2004. Abordará, ainda, uma análise dos princípios constitucionais desrespeitados, através de uma visão pós-moderna do princípio do devido processo legal e das garantias processuais da isonomia e do juiz natural, confrontando com o processo penal militar. Conclui-se, por fim, demonstrando a necessidade de mudança legislativa na lógica sistemática da trimestralidade do Conselho Permanente de Justiça, na busca de um tratamento isonômico entre réus oficiais e praças, bem como respeitando a identidade física do juiz, para sua adequação aos princípios constitucionais.

Palavras-Chave: Justiça Militar. Conselho Permanente. Duração Trimestral. Princípios Constitucionais.

FREITAS, Ricardo. **The (un)constitutionality of quarterly duration of the Permanent Council on Military Justice**. 2017. Specialization Monograph – Pós-Graduação em Direito Público, Faculdade Baiana de Direito, Salvador, 2017.

ABSTRACT

Exploratory theoretical study, not exhaustive, it is proposed to analyze the quarterly period of the Permanent Council on Military Justice, with the aim of demonstrating its unconstitutionality. For such a task, the military justice system will be considered at - , analyzing its historical and deployment in Brazil, conceptualizing military crimes and plotting the differences between peacetime and wartime. Then they will study whether - values of discipline and military hierarchy, tracing the differences between criminal and military disciplinary offense, and demonstrating the requirements of an order of a superior. Subsequently, an analysis of the functioning of the Councils of Justice will be done, by differentiating them and demonstrating the main changes brought by Constitutional Amendment No. 45/ 2004. Furthermore, disrespected address an analysis of constitutional principles, through a postmodern view of the principle of due process and procedural guarantees of equality and natural justice, confronting the military prosecution. In conclusion, finally, demonstrating the need for legislative change on quarterly basis systematic logic of the Permanent Council of Justice, in search of a treatment for isonomic official defendants and squares, as well as respecting the physical identity of the judge, for their appropriateness to the principles constitutional.

Keywords: Military Justice. Permanent Council. Duration Quarterly. Constitutional Principles.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

CF	Constituição Federal
CP	Código Penal
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CPPM	Código de Processo Penal Militar
JMU	Justiça Militar da União
JME	Justiça Militar Estadual
ONU	Organização das Nações Unidas

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	09
2	A JUSTIÇA MILITAR OU JUSTIÇA CASTRENSE.....	11
2.1	BREVE HISTÓRICO.....	11
2.2	IMPLANTAÇÃO DO DIREITO PENAL MILITAR NO BRASIL	13
2.3	CRIME MILITAR.....	14
2.3.1	Conceito	17
3	DISCIPLINA E HIERARQUIA MILITAR.....	20
3.1	DISTINÇÕES ENTRE CRIME MILITAR E TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR	20
3.1.1	Do princípio da insignificância na Justiça Militar.....	20
3.1.2	Das funções do Direito Penal Militar e do Direito Administrativo Militar.....	21
3.1.3	As peculiaridades da vida militar.....	23
3.1.4	As diferenças conceituais entre crime militar e a transgressão disciplinar militar.....	24
3.2	HIERARQUIA MILITAR	25
3.2.1	Requisitos de uma ordem de superior hierárquico.....	27
3.2.2	Ordem manifestamente criminosa.....	28
4	OS CONSELHOS DA JUSTIÇA MILITAR.....	32
4.1	NATUREZA DO CONSELHO DE JUSTIÇA.....	33
4.2	O JUIZ-AUDITOR.....	36
4.3	AS REFORMAS DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL.....	36
4.3.1	Critérios para criação de um Tribunal Militar Estadual.....	37
4.3.2	Presidência dos Conselhos de Justiça	38
4.3.3	Competência singular para julgamento dos crimes cometidos contra civis.....	39
4.3.4	Da ordem de votação dos juízes no Conselho.....	40

5	PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DESRESPEITADOS.....	42
5.1	O DEVIDO PROCESSO LEGAL	45
5.2	O DEVIDO PROCESSO LEGAL EM SENTIDO FORMAL: GARANTIAS PROCESSUAIS.....	47
5.2.1	O princípio da isonomia.....	48
5.2.1.1	Igualdade e elemento de discriminação	50
5.2.1.2	Correspondência lógica entre o elemento de <i>discrímen</i> e a diferenciação implementada	51
5.2.1.3	Afinidade da diferenciação com os interesses acutelados na Constituição	51
5.2.2	O princípio do juiz natural	52
5.2.1.1	O juiz natural e os tribunais de exceção: proibição de juízes extraordinários.....	52
5.2.2.2	Juiz natural: juiz constitucionalmente competente.....	54
5.2.2.3	Juiz natural: imparcialidade e independência	55
5.2.2.4	Identidade física do juiz e o princípio do juiz natural.....	57
6	CONCLUSÕES	60
	REFERÊNCIAS	64
	ANEXO 1.....	67

1 INTRODUÇÃO

A carreira militar é composta de diversas idiossincrasias, tanto de ordem estrutural, quanto de ordem valorativa, sendo devidamente prevista em lei, através de normas específicas e próprias. É por possuir deveres tão característicos, que o servidor militar que pratica um crime militar, deve ser submetido a um tribunal conhecedor dessas particularidades, com base em legislação especial e com a devida atenção e cautela às garantias tuteladas pela Constituição Federal, sem afronta aos valores imprescindíveis para a sustentação da vida na caserna.

A Justiça Militar não é uma criação brasileira, existe em Estados desenvolvidos como Estados Unidos da América, Israel, Portugal, entre outros, com procuradorias militares, juízes militares e advogados exercendo as atividades que lhe são peculiares. Grande parte dos estudantes de Direito e alguns operadores da Ciência Jurídica desconhecem a existência do Código Penal Militar, Código de Processo Penal Militar, Estatuto dos Militares e demais textos legais da vida militar, sendo que essas matérias nem mesmo constam em grade obrigatória das faculdades.

Ao contrário do que se possa pensar, a Justiça Militar é uma Justiça eficiente, que busca a efetiva aplicação da lei, buscando evitar que o infrator volte a cometer novos ilícitos, ou venha a ferir os preceitos da hierarquia e da disciplina, que são os elementos essenciais das corporações militares. A especialidade da Justiça Militar (estadual ou federal) é decorrente das atividades constitucionais desenvolvidas pelos militares.

Em decorrência da particularidade das funções desenvolvidas pelos militares, nada mais justo que estes sejam julgados por pessoas que conhecem o dia-a-dia da atividade militar, o que leva à existência dos chamados Conselhos de Justiça, que são órgãos colegiados formados por civis e militares. O civil é o juiz-auditor, que foi promovido no cargo por meio de concurso de provas e títulos, e os militares em número de quatro, são oficiais da Força à qual pertence o acusado, que exercem suas funções junto às auditorias por um período de três meses, sendo esse Conselho presidido pelo militar de maior patente.

Ocorre que, com a ampliação da competência das Justiças Militares dos Estados, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, houve um substancial aumento do número de processos nas Varas de Auditoria Militares, e grande parte dos processos penais militares da Justiça Militar Estadual passaram a ter duração superior a três meses, o que implica o não acompanhamento de todo processo pela mesma comissão julgadora, e em especial a violação a garantias processuais penais previstas na Constituição Federal.

Um dos aspectos marcantes da conformação de um direito pós-moderno, com nítidos reflexos na fisionomia do próprio direito processual, diz respeito à progressiva utilização de cláusulas gerais, como receptáculos normativos de princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Em virtude da constante utilização de princípios na atualidade, inclusive no âmbito das relações processuais, chega-se mesmo a afirmar que a comunidade jurídica presencia a emergência de um novo paradigma principiológico. Com efeito, a doutrina e a jurisprudência têm utilizado, cada vez mais, os princípios na resolução de problemas concretos, tornando absolutamente necessário ao intérprete do direito compreender e utilizar tais espécies normativas.

Este trabalho tem como objeto o estudo da Justiça Militar e a análise de suas peculiaridades em relação às garantias processuais penais estabelecidas nos princípios constitucionais. E em particular a lógica do julgamento colegiado dos crimes militares através do Conselho Permanente de Justiça, que tem duração trimestral estabelecida em lei, e sua relação com os princípios constitucionais da isonomia e do juiz natural.

O objetivo geral da pesquisa empreendida é compreender a lógica de funcionamento do processo penal militar através da análise sistemática do julgamento colegiado dos crimes militares e das garantias constitucionais, englobando a concepção de hierarquia e disciplina no âmbito da Justiça Militar.

2 A JUSTIÇA MILITAR OU JUSTIÇA CASTRENSE

A Justiça Castrense tem características próprias que lhe torna peculiar frente às Justiças Comuns que compõe o Judiciário brasileiro. A referida denominação é originária do nome intitulado acampamentos criados pelas Legiões Romanas, “os castros”. O dicionário Aurélio da Língua Portuguesa, traz outra acepção para a aludida palavra: “castelo fortificado dos tempos pré-romanos ou romanos”. Ainda hoje tal designação se faz presente, sendo referenciada aos órgãos componentes da Justiça Militar.

Nesse diapasão, tem-se a Justiça Militar, como foro onde se aplica o Direito Militar, coexistindo o Direito Penal Militar, o Direito Processual Penal Militar e o Direito Administrativo Disciplinar Militar.

As Forças Militares possuem sustentação em dois pilares essenciais para a manutenção de suas instituições, quais sejam a hierarquia e a disciplina. Através desses valores, o controle deve ser mantido, visando a segurança e integridade social, por meio de regulamentos e normas internas das Corporações, na apreciação das transgressões disciplinares, em esfera administrativa. Contudo, se há um descontrole, e a transgressão extrapola os limites dos regulamentos e normas, esta viola os preceitos contidos no Código Penal Militar, transformando-se, assim em crime militar próprio ou impróprio, sendo as condutas devidamente tipificadas.

2.1 BREVE HISTÓRICO

O surgimento da Justiça Militar perde-se na História, coexistindo, hodiernamente, diversas constatações doutrinárias acerca da matéria. Alguns doutrinadores afirmam que surgiu na mais remota antiguidade, juntamente com o surgimento do Estado. Outros afirmam que seu surgimento deu-se com o aparecimento dos exércitos permanentes.

Univaldo Correa¹ afirma em sua obra que ao adentrar na faixa de conquistas e

¹ CORREA, Univaldo. **A Evolução da Justiça Militar no Brasil – alguns dados históricos**. In: Direito Militar: história e doutrina: artigos inéditos. Florianópolis: AMAJE, 2002. p. 8.

defesas para seu povo, o homem inaugurou o surgimento da Justiça Militar, pois havia a necessidade de poder contar, a qualquer momento, em qualquer situação, com um corpo de soldados em disciplina, colocados sob um regime rígido, com sanções sérias de imediata aplicação, vez que as condições adversas, por esses homens enfrentadas, colocavam em risco não apenas as suas vidas, mas, também, todo interesse e segurança de um povo, e, por tal razão, os integrantes desses exércitos deveriam estar sob total controle de seus chefes.

A antiga Mesopotâmia já apresentava entre suas leis, no Código de Urnammu, normas de cunho militar com características que hoje se igualam aos crimes militares. O Código de Hammurabi, na Babilônia, também apresentava normas de caráter militar, assim como os assírios e os egípcios.

Na Grécia Antiga, existia a ideia de que todo e qualquer cidadão era considerado um soldado da pátria, e por tal razão, eles não possuíam uma concepção diferenciada dos delitos militares, estando estes sob a mesma jurisdição dos delitos comuns.

Em Roma, fortemente caracterizada por sua fama de ter possuído um glorioso exército, a Justiça Militar aparece como uma organização mais demarcada, sendo bastante realçada devido a necessidade de manutenção dos exércitos dos povos que foram sendo subjugados ao comando romano.

Conforme relata Luciano Ribeiro:

“Alguns autores costumam dividir a evolução histórica da Justiça Militar, no Império Romano em quatro fases: a primeira, quando os monarcas absorviam todo o poder, até mesmo o de julgar. Os reis eram também os comandantes de seus exércitos e participavam dos combates. Na segunda fase os cônsules exerciam o *imperium majus*, pois julgavam os cidadãos por qualquer tipo de delito. Abaixo dos cônsules vinham os pretores e em seguida os tribunos militares, misto de magistrado e comandante que exercia o chamado *imperium militiae*. A terceira época seria a de Augusto, quando os prefeitos do pretório tinham a responsabilidade pela Justiça Militar, e por fim, a fase de grandes modificações, na época de Constantino, quando se tentou diminuir o poder da milícia romana, criando-se o denominado *magistri militum* e instituindo-se o *consilium*, encarregado de assistir o juiz militar.

Outros autores dividem a evolução da Justiça Militar em Roma em somente três períodos: um que vai da fundação da cidade até a guerra social, quando todos os soldados eram cidadãos e todos cidadãos eram soldados, sujeitos ao *jus commune*; uma segunda fase seria dos exércitos mercenários que surgiram com as guerras civis e, finalmente, o período dos exércitos permanentes, no qual o delito era aquele que só o soldado podia

praticar.”²

Na Roma Antiga, o Direito Castrense teve como sustentação, princípios que sobrevivem até hoje na moderna Justiça Militar. E, conforme os registros históricos, o Império Romano formou-se devido à disciplina de suas legiões, e quando olvidaram a tão necessária disciplina, o Império ruiu, em meio ao caos e desordem.

Com a queda do Império Romano e o surgimento da Idade Média, a Justiça Militar passou a ser de difícil identificação, nas legiões bárbaras. Porém, o legado do Direito Romano perpetuou-se pela história, continuando a influenciar as demais civilizações ocidentais.

Ainda segundo Luciano Ribeiro:

“Somente com a aparição de exércitos permanentes no século XV, principalmente na Itália, na França, na Espanha e na Borgonha, é que começaram a ressurgir os primeiros elementos de uma Justiça Militar, por dois motivos: na época romana, o militar era submetido a vontade de seu chefe, seu comandante. Já no período feudal, a competência para o julgamento pertencia ao suserano, qualquer de seus vassallos.”³

Portugal, país colonizador do Brasil, muito recebeu da cultura jurídica romana, principalmente por ter traduzido o *copus iuris civilis*, utilizando-o na criação das Ordenações Afonsinas, Manuelinas e Filipinas. As referidas Ordenações representavam as leis lusitanas, seus usos e costumes, bem como as determinações emanadas pela Corte.

2.2 IMPLANTAÇÃO DO DIREITO PENAL MILITAR NO BRASIL

Inicialmente, o Direito Penal Militar que vigorava no Brasil era o proveniente de Portugal, mais especificamente dos Artigos de Guerra do Conde de Lippe, datados de 1763. Essa legislação estabelecia penas extremamente cruéis, tais como a pranchada, que consistia em golpear o apenado com a espada em prancha, e o carrinho perpétuo, na qual eram utilizadas argolas de ferro presas as pernas do condenado.

² RIBEIRO, Luciano Roberto Melo. **200 anos de Justiça Militar no Brasil: 1808 – 2008**. Rio de Janeiro: Action, 2008. p. 16.

³ Ibid. p.18.

Em seguida conforme lição de Loureiro Neto, “com a chegada de D. João VI ao Brasil, pelo alvará de 21 de abril de 1808, criou-se o Conselho Supremo Militar e de Justiça e, em 1834, a Provisão de 20 de outubro previa crimes militares [...]”.⁴ Ressalte-se que o Conselho Supremo Militar e de Justiça constitui o embrião do atual Superior Tribunal Militar, marco da Justiça Militar brasileira, considerada a justiça mais antiga do país.

Em 7 de março de 1891, por meio do Decreto n° 18, foi criado o Código Penal da Armada [hoje, Marinha do Brasil], que tinha sua aplicação restringida a essa instituição militar. Essa legislação teve seu alcance ao Exército pela Lei n° 612 de 1899. Após isto, em 24 de janeiro de 1944, através do Decreto-lei n° 6.227, foi instituído o Código Penal Militar, comum às três Forças Armadas – Marina, Exército e Aeronáutica -, que vigorou até o surgimento do atual Código, de 1969.

Por fim o Decreto-lei n° 1.001, de 21 de outubro de 1969, estabeleceu o vigente Código, tendo sido decretado pelos então Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, a Junta Militar com base nas atribuições conferidas pelos Atos Institucionais n° 5 e n° 16.

2.3 CRIME MILITAR

A competência da Justiça Militar da União está prevista no art. 124, *caput*, da CF, mencionando que à esta Justiça compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei, e à Justiça Militar Estadual, conforme art. 125, §4°, da CF, compete processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.

“Art. 124. à Justiça Militar compete processar e julgar os crimes militares definidos em lei.

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

Art. 125. Os Estados organizarão sua Justiça, observados os princípios

⁴ LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. São Paulo: Atlas Jurídico - Grupo Gen, 2010. p.21.

estabelecidos nesta Constituição.

...

§ 4º Compete à Justiça Militar estadual processar e julgar os militares dos Estados, nos crimes militares definidos em lei e as ações judiciais contra atos disciplinares militares, ressalvada a competência do júri quando a vítima for civil, cabendo ao tribunal competente decidir sobre a perda do posto e da patente dos oficiais e da graduação das praças.”⁵

Dessa forma, a Constituição Federal remete à lei a definição de crimes militares, que encontramos nos arts. 9º e 10 do Código Penal Militar, que preveem respectivamente os crimes militares em tempo de paz e de guerra.

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

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

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

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

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

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

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

e) por militar em situação de atividade, ou assemelhado, contra o patrimônio sob a administração militar, ou a ordem administrativa militar;

f) revogada.

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

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

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

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

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

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na

⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 9 abr. 2017

forma do art. 303 da Lei nº 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica.

Art. 10. Consideram-se crimes militares, em tempo de guerra:
 I - os especialmente previstos neste Código para o tempo de guerra;
 II - os crimes militares previstos para o tempo de paz;
 III - os crimes previstos neste Código, embora também o sejam com igual definição na lei penal comum ou especial, quando praticados, qualquer que seja o agente:
 a) em território nacional, ou estrangeiro, militarmente ocupado;
 b) em qualquer lugar, se comprometem ou podem comprometer a preparação, a eficiência ou as operações militares ou, de qualquer outra forma, atentam contra a segurança externa do País ou podem expô-la a perigo;
 IV - os crimes definidos na lei penal comum ou especial, embora não previstos neste Código, quando praticados em zona de efetivas operações militares ou em território estrangeiro, militarmente ocupado.”⁶

Ricardo Giuliani⁷ registra que para conceituar o crime militar, a doutrina estabeleceu os seguintes critérios: *ratione materiae*, *ratione personae*, *ratione loci*, *ratione temporis* e *ratione legis*.

O critério *ratione materiae*, em razão da matéria, exige que se verifique a qualidade militar: no ato e no sujeito. Os delitos militares *ratione personae*, em razão da pessoa, são aqueles cujo sujeito ativo é militar, atendendo exclusivamente à qualidade de militar do agente, independentemente da matéria.⁸

O critério *ratione loci*, em razão do lugar, leva em conta o lugar do crime; bastando, portanto, que o delito ocorra em local sob a administração militar, sem levar em conta os sujeitos envolvidos. Os delitos militares *ratione temporis*, em razão do tempo, os praticados em determinada época como, por exemplo, os ocorridos em tempo de guerra ou durante o período de manobras ou exercícios militares.⁹

Já o critério *ratione legis*, em razão da lei, que está presente, tanto isolado, quanto com outros critérios é aquele que diz que é crime militar aquele que o Código Penal Militar prevê como militar.¹⁰

Para caracterizar o crime como militar, devem estar presentes dois elementos: a tipificação do fato crime no Código Penal Militar (*ratione legis*) e a ocorrência de

⁶ BRASIL, Decreto-lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 21 de out. de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em: 09 abr. 2017.

⁷ GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. **Direito Penal Militar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Verbo Jurídico, 2014. p. 35

⁸ Ibid., p. 35/36

⁹ Ibid., p. 36

¹⁰ Ibid., p. 37

alguma das hipóteses delimitadas nos arts. 9º e 10 do CPM (*ratione materiae, ratione personae, ratione loci e ratione temporis*), que se referem aos crimes praticados em tempo de paz e de guerra, respectivamente.

2.3.1 Conceito

Para Jorge César de Assis¹¹ “é toda violação acentuada ao dever militar e aos valores das instituições militares. Distingue-se da transgressão disciplinar porque esta é a mesma violação, porém na sua manifestação elementar e simples. A relação entre crime militar e transgressão disciplinar é a mesma que existe entre crime militar e contravenção”.

Célio Lobão¹² menciona que crime militar é a infração penal prevista na lei penal militar que lesiona bens ou interesses vinculados à destinação constitucional das instituições militares, às suas atribuições legais, ao seu fundamento, à sua própria existência, e no aspecto particular da disciplina, da hierarquia, da proteção à autoridade militar e ao serviço militar.

Os crimes militares são classificados em três grupos: os essencialmente militares (que são os próprios), os militares por compreensão normal da função militar (que são os impróprios), e os acidentalmente militares (que são os praticados por civis).

Os crimes propriamente militares são aqueles cuja prática não seria possível senão por militar, porque essa qualidade do agente é essencial para que o fato delituoso se verifique. É aquele que só é previsto no Código Penal Militar e que só pode ser praticado por militar, infringindo a disciplina, hierarquia, o dever ou o serviço militar. (ex: deserção, insubmissão)

Os crimes impropriamente militares são aqueles que estão definidos tanto no Código Penal Comum, quanto no Código Penal Castrense e que, por previsão legal, se tornaram militares por se enquadrarem em uma das várias hipóteses do inciso II do art. 9º do CPM.

¹¹ ASSIS, Jorge César. **Comentários ao Código Penal Militar**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2017. p. 39.

¹² LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 3. ed. Editora Método, 2006. p.42

Jorge César de Assis¹³ sustenta que, quando o civil comete crime militar, levando-se em conta, sempre, o critério *ex vi legis* do Código Penal Militar, tal delito é acidentalmente militar, art. 9º do CPM.

Analisemos, então, a lei penal militar, com o fim de definir os crimes militares segundo o critério eleito pelo legislador constituinte originário: o critério *ratione legis*. Para tanto, iniciemos com o art. 9º, *caput*, do CPM:

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

Paz, como estabelecido na lei penal castrense, é conceito oposto à situação de guerra. Vale dizer, é residual, se a República Federativa do Brasil não tiver declarado guerra, a situação será de paz. Os crimes militares em tempo de guerra são tratados no art. 10 do CPM.

Guerra é a situação de beligerância, formalmente declarada por um Estado contra outro. É instituto do Direito Internacional Público, e está proscria no ordenamento jurídico internacional. Só é admissível em estreitas hipóteses como a legítima defesa, luta contra a dominação colonial, luta contra os regimes racistas, luta contra ocupação militar estrangeira¹⁴ e, por fim, mediante autorização ou mandato da Organização das Nações Unidas (ONU), com o fim de imposição ou manutenção da paz.¹⁵

Guerra é ato político, unilateral e soberano de um Estado. O ordenamento jurídico interno de cada Estado estabelece o modo como se dá a declaração de guerra. No caso do Brasil, as regras se encontram na Constituição. Cabe ao Presidente da República declarar a guerra e celebrar a paz, autorizado pelo Congresso Nacional ou referendado por este, quando a declaração ocorrer no intervalo das sessões legislativas.¹⁶

O CPM é organizado em duas partes – geral e especial. A parte especial, por sua vez, possui dois livros. O primeiro trata dos crimes militares em tempo de paz (art. 9º do CPM) e o segundo trata dos crimes militares em tempo de guerra (art. 10

¹³ ASSIS, Op. Cit. p. 46.

¹⁴ Art.1 §4 do Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949 - Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais (Protocolo I). Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-prot-i-conv-genebra-12-08-1949.html>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

¹⁵ Capítulos VI e VII da Carta das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em : 15 abr. 2017.

¹⁶ Art. 84, XIX, da CF/1988

do CPM). Ressalte-se que, tempo de guerra, para os efeitos da aplicação da lei penal militar, começa com a declaração ou o reconhecimento do estado de guerra, ou com o decreto de mobilização se nele estiver compreendido aquele reconhecimento; e termina quando ordenada a cessação das hostilidades. Portanto, apenas nesses casos é que incide o Livro II da Parte Especial da Lei Penal Castrense.

A delimitação do estado de beligerância é relevante, pois além da possibilidade da incidência de tipos penais não previstos para o tempo de paz, há também a possibilidade de aplicação da pena de morte em tempo de guerra.

Passemos então à análise dos incisos do art. 9º:

“I – Os crimes que tratam este Código, quando definidos de modo diverso na lei penal comum, ou nela previstos, qualquer que seja o agente, salvo disposição especial;”

São inúmeros os tipos penais somente previstos na lei penal militar (CPM): art. 149 (motim), art. 157 (violência contra superior), art. 163 (recusa de obediência), art. 183 (insubmissão), art. 187 (deserção), art. 195 (abandono de posto) e muitos outros. Tais tipos penais tutelam bens jurídicos diversos da lei penal comum, como a disciplina, a hierarquia, o serviço e os deveres militares.

“II – Os crimes previstos neste Código, embora também sejam com igual definição na lei penal comum, quando praticados:”

Trata-se da pura aplicação do princípio da especialidade. Quando houver identidade de definição típica entre a lei penal comum e a castrense, o fator especializante que torna a infração militar é uma das circunstâncias elencadas nas alíneas deste inciso II do art. 9º do CPM.

Assim, havendo identidade de tipos, o crime é militar se praticado por militar da ativa: contra militar da ativa; em lugar sujeito a administração militar; por militar em serviço ou atuando em razão da função; durante o período de manobras ou exercício; contra o patrimônio sob administração ou a ordem administrativa militar.

O rol acima é taxativo e estabelece as hipóteses em que o militar da ativa pratica crime militar. Por sua vez, as hipóteses em que o militar inativo ou civil praticam infrações penais militares são estabelecidas nas alíneas do inciso III do mesmo art. 9º do CPM:

*“- contra o patrimônio sob a administração ou a ordem administrativa militar;
- em lugar sujeito à administração militar, contra militar da ativa ou contra funcionário civil dos comandos militares federais ou de funcionários da Justiça Militar (estadual ou federal), quando estes estiverem no exercício de suas funções inerentes aos cargos que ocupam;
- contra militar em formatura, prontidão, exercícios e manobras; e
- ainda que fora da área sob administração militar, contra militar no exercício de função militar.”*

Frise-se que o civil, por expressa previsão constitucional, não está sujeito ao foro militar estadual. Somente pode ser processado e julgado por crime militar, perante a Justiça Militar da União, quando atentar contra as instituições militares federais. Se atenta contra as instituições militares estaduais, a competência é do juízo comum estadual, isso se o fato também encontrar tipicidade na lei penal comum, caso contrário, ocorrerá a atipicidade.

E por fim o parágrafo único:

Parágrafo único. Os crimes de que trata este artigo quando dolosos contra a vida e cometidos contra civil serão da competência da justiça comum, salvo quando praticados no contexto de ação militar realizada na forma do art. 303 da Lei no 7.565, de 19 de dezembro de 1986 - Código Brasileiro de Aeronáutica.

Trata da competência para julgamento dos crimes militares quando dolosos contra a vida, redação que foi modificada pela Lei nº 12.432 de 2011, e que traz como exceção os casos de tiro de destruição contra aeronaves consideradas hostis ao espaço aéreo brasileiro.

3 A DISCIPLINA E HIERARQUIA MILITAR

3.1 DISTINÇÕES ENTRE CRIME MILITAR E TRANSGRESSÃO DISCIPLINAR MILITAR

A diferença entre o crime militar e a transgressão disciplinar é matéria a ser vencida, antes mesmo de se acatar a propositura da ação penal, pois, segundo a letra do art. 19 do Código de Processo Penal Militar, a norma adjetiva penal castrense não compreende as infrações dos regulamentos disciplinares.

Assim, tratando-se de conduta integralmente subsumida em dispositivo previsto no Regulamento Disciplinar da Força respectiva e sem que haja qualquer relevância penal militar na matéria, a responsabilização deve cingir-se, exclusivamente, à esfera administrativa militar.

Foi na senda dessa orientação que o legislador processual castrense pátrio estabeleceu que, “no caso de lesões levíssimas, o juiz pode considerar a infração como disciplinar” (§6º, do art. 209, CPPM), isto é, a possibilidade de o magistrado decidir pela inexistência de relevância penal na conduta, a despeito da sua tipicidade.

Jorge Alberto Romeiro analisando o referido princípio entende que, quando o Juiz considera a infração como disciplinar, ele absolve o condenado, enviando o processo para a instância administrativa, sem vincular absolutamente a decisão dela, que pode punir ou não, pois as responsabilidades penal e disciplinar são distintas e diferentes.¹⁷

3.1.1 Do princípio da insignificância na Justiça Militar

O princípio da insignificância foi inaugurado no direito penal alemão por Claus Roxin em 1964, a partir do velho adágio latino *minima non curat praetor* (o Estado

¹⁷ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.10/ 11

não cuida de coisas insignificantes).¹⁸

Todavia, os doutrinadores Cícero Robson de Jesus Coimbra Neves e Marcelo Streinfinger negam a vigência deste princípio na Justiça Militar e aduzem que:

“... se o incorporarmos ao Direito Castrense, estaremos dotando o aplicador da lei de um poder que não lhe cabe, ou seja, o de legislar. Ademais, fomentariamos o esquecimento da regularidade das instituições militares, de acordo com o que já sustentamos ao tratar do princípio da intervenção mínima, incentivando a falência da prevenção geral positiva.”¹⁹

Esclarecem, ainda, que o princípio da insignificância na Justiça Militar tem aplicação relativa, ficando a cargo do juiz aplicar o referido princípio, quando a lei deixar ao discricionarismo do magistrado invocar a bagatela.

Ronaldo João Roth, em palestra no IX Seminário de Direito Militar, realizado no Superior Tribunal Militar, indicou o caminho do equilíbrio no provimento jurisdicional quando se tratar de crime militar cuja ofensa ao bem jurídico tutelado não demandar o rigor da sanção penal militar aplicável ao caso concreto. Relatou, ainda, a importância da aplicação correta do regulamento disciplinar de cada Comando, aduzindo que: “é importante a aplicação acessória do regulamento, pois o Código Penal Militar pode se tornar excessivamente rigoroso se aplicado ao caso concreto, ferindo, assim, o princípio da proporcionalidade”.²⁰

De fato, a aplicação do respectivo regulamento disciplinar em vez do Código Penal Militar é questão afeta ao princípio da proporcionalidade, o qual representa a exata medida em que deve agir o Estado, em suas funções específicas. Não se trata, pois de aplicação do princípio da insignificância no Direito Penal Militar.

3.1.2 Das funções do Direito Penal Militar e do Direito Administrativo Militar

O Direito Penal Militar, tanto quanto o Direito Penal Comum, tem a função precípua de proteger os bens jurídicos mais relevantes, como a vida, a integridade

¹⁸ Cf. BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral. V. 1.** São Paulo: Saraiva, 2017, p. 19.

¹⁹ NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo. **Manual de Direito Penal Militar.** São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42/ 43.

²⁰ ROTH, Ronaldo João. **Palestra no IX Seminário de Direito Militar.** Site do STM, disponível em: <<http://www.stm.jus.br/publicacoes/noticias/principio-da-insignificancia-e-discutido-por-especialistas>>. Acesso em 20/04/2017.

física, liberdade individual, sexual, da disciplina e do serviço militar. Assim esse ramo do Direito protege os bens mais caros ao ser humano e à Administração Militar em particular, cuidando para que haja regularidade no funcionamento das instituições militares.

Não é lícito, portanto, que o Direito Penal Militar se ocupe de questões típicas do relacionamento da caserna que, por este motivo podem ser solucionados no âmbito do Direito Administrativo Disciplinar.

O Direito Administrativo Disciplinar Militar, por seu turno, é ramo autônomo do Direito que regula as relações jurídicas entre o Estado e os servidores militares, visando primordialmente, à tutela da hierarquia e disciplina. As instituições militares funcionam com características muito diferentes das demais instituições públicas, porque são baseadas nestes dois pilares, conforme dispõe o art. 142 da Constituição Federal de 1988.

Tal ramo do Direito cuida, portanto, da disciplina militar propriamente dita, que é a rígida observância das leis, dos regulamentos, das normas e de disposições emanadas de autoridades competentes, nos exatos termos em que dispõe a Lei 6.880/1980 (Estatuto dos Militares).

Todavia, não se pode dizer que a incidência do Direito Penal Militar, no caso concreto, afasta a aplicação do Direito Administrativo Militar. Ao contrário, não se comunicam as esferas de responsabilidade, de modo que grande parte dos fatos que constituem ilícito penal também são transgressões disciplinares.

Cabe ponderar, em outro sentido, que nem toda transgressão disciplinar implica a prática de ilícito penal militar. Daí a norma proibitiva alojada no art. 19 do Código de Processo Penal Militar, segundo a qual a norma adjetiva penal castrense não compreende as infrações previstas nos regulamentos disciplinares.

Com efeito, o Direito Penal Militar e o Direito Administrativo Disciplinar relacionam-se de forma intensa, no dizer de Cícero Robson Coimbra e Marcelo Streinfinger.²¹ Tais doutrinadores enxergam círculos concêntricos no que se refere às responsabilidades penal militar e disciplinar militar, estando a esfera penal mais ao centro.

²¹ NEVES; STREINFINGER, Op. Cit. p. 54.

3.1.3 As peculiaridades da vida militar

Conforme dispõem os arts. 142 e 42 da Constituição Federal, as Forças Armadas e as Policiais Militares são instituições permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e disciplina. Assim não podem subsistir sem a preservação desses fundamentos, muito menos permitir que haja transigência em relação a qualquer um dos dois.

A vida na caserna, pois, em muito se extrema da convivência entre os civis, mormente porque entre os militares não há iguais, sob o ponto de vista funcional. Um sempre será detentor de precedência em relação ao outro, mesmo que possuam idêntico posto ou graduação e, dessa forma, sempre caberá obediência de um em relação ao outro. E, muitas vezes, da pronta obediência de uma ordem depende a vida de alguém ou de todo um grupo.

A quase totalidade dos regulamentos disciplinares brasileiros prevê, como sendo uma das manifestações da disciplina, a obediência pronta às ordens dos superiores hierárquicos (art. 8º, §1º, II, do Regulamento Disciplinar do Exército). É claro que, se a ordem for preceito regulamentar ou legal, o executante pode solicitar sua confirmação por escrito, cumprindo ao superior que a emitiu, atender a solicitação.

Por tais motivos é que determinadas condutas no meio civil não representam qualquer grau de nocividade, como, por exemplo, permanecer sentado enquanto passa uma autoridade, mas no meio militar externam atentado à disciplina, reclamando imediata e severa repressão. Ocorre que são essenciais à regularidade das Instituições Militares, o respeito e acatamento aos superiores hierárquicos, conforme preceitua o art. 3º do Regulamento disciplinar da Aeronáutica.

Não há de se negar a relevantíssima importância da Justiça Militar na tutela dos bens jurídicos mais caros à vida na caserna, no entanto, sua intervenção deve constar num plano secundário, reservando-se aos casos que vão além da mera transgressão disciplinar, obedecendo, sempre, o princípio da legalidade.

3.1.4 As diferenças conceituais entre crime militar e a transgressão disciplinar militar

Para definir a transgressão disciplinar e distingui-la do crime militar utiliza-se o art. 8º do Regulamento Disciplinar da Aeronáutica, Decreto nº 76.322 de 22 de setembro de 1975. Segundo o conceito ali estatuído, transgressão disciplinar é “toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente Regulamento. Distingue-se de crime militar que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituado na legislação penal militar”.

Mas o parágrafo único do art. 10 do Regulamento Disciplinar, acima mencionado, prescreve o seguinte:

“São consideradas, também, transgressões disciplinares, as ações ou omissões não especificadas no presente artigo e não qualificadas como crimes nas leis penais militares, contra os Símbolos Nacionais, contra a honra e o pundonor individual militar; contra o decoro da classe, contra os preceitos sociais e as normas da moral; contra os princípios de subordinação, regras e ordens de serviços, estabelecidas nas leis ou regulamentos, ou prescritas por autoridade competente.”

Essa norma de caráter geral e abrangente encontra-se reproduzida, nos mesmos termos, em todos os Regulamentos Disciplinares das Forças Armadas e das Forças Auxiliares e evidenciam que a caracterização da transgressão disciplinar militar não está vinculada à estrita tipicidade determinada pelo princípio da legalidade, como ocorre com o ilícito penal militar.

Não apenas a ausência de relevância penal extrema a transgressão disciplinar do crime militar, também se distingue em razão do grau de ofensividade à disciplina, hierarquia ou ao serviço militar. Enquanto a infração disciplinar militar, *lato sensu*, é qualquer ação ou omissão que contrarie o dever militar, o crime militar, próprio ou impróprio, é fato típico, antijurídico e culpável.

O crime militar reclama estrita tipicidade, enquanto a transgressão disciplinar pode até ser atípica; basta que a conduta se mostre nociva à disciplina, hierarquia ou ao serviço militar. Não se aplica às transgressões disciplinares o princípio da anterioridade legal.

Juridicamente, no entanto, a transgressão disciplinar e o crime militar decorrem de conduta humana ilícita, em razão do descumprimento de uma norma e este difere

daquela no que pertine ao conteúdo e grau de importância.

Isto não quer dizer, em absoluto, que o militar, ao praticar um crime, não deva ser sancionado administrativamente em razão da prática transgressional disciplinar correlata. Todavia não há reciprocidade nessa assertiva, porque nem toda transgressão disciplinar implica, necessariamente, a prática de crime militar. Em verdade, uma desprezível minoria de infrações disciplinares configuram também crime militar.

3.2 A HIERARQUIA MILITAR

A obediência hierárquica, sob o prisma do Direito Administrativo, é gerada em razão do dever de obediência do agente público, em que este “impõe ao servidor o acatamento às ordens de seus superiores e sua fiel execução. Tal dever resulta da subordinação hierárquica e assenta no princípio disciplinar que informa toda organização administrativa”.²²

Trata-se de uma consequência do poder hierárquico inerente a Administração. O saudoso jurista Hely Lopes Meireles ensinou que:

“Poder hierárquico é o de que dispõe o Executivo para distribuir e escalonar as funções de seus órgãos, ordenar e rever a atuação de seus agentes, estabelecendo a relação de subordinação entre os servidores do seu quadro de pessoal. A hierarquia atua como instrumento de organização e aperfeiçoamento do serviço e age como meio de responsabilização dos agentes administrativos, impondo-lhes o dever de obediência.”²³

Conforme dissertou sobre o tema Maria Sylvia Zanella di Pietro²⁴, “os deveres dos servidores públicos vêm normalmente previstos nas leis estatutárias, abrangendo, entre outros, os de assiduidade, pontualidade, discricionariedade, urbanidade, obediência, lealdade. O descumprimento dos deveres enseja punição disciplinar”.

Na Administração Pública Militar, mais especificamente, na Polícia Militar, a obediência hierárquica encontra fundamento constitucional e infraconstitucional *ex vi*

²² MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 396.

²³ *Ibid.*, p. 105.

²⁴ DI PIETRO, Maria Silva Zanella. **Direito Administrativo**. 29. Ed. São Paulo: Gen-Forense. 2016, p. 518.

do art. 42 da Constituição Federal e dos art. 3º da Lei Estadual 7.990/01 (Estatuto dos Polícias Militares), que dispõem:

Constituição Federal

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

Estatuto dos Policiais Militares

Art. 3º. A hierarquia e a disciplina são a base institucional da Polícia Militar.

§1º - A hierarquia policial militar é a organização em carreira da autoridade em níveis diferentes, dentro da estrutura da Polícia Militar, consubstanciada no espírito de acatamento à seqüência de autoridade.

§2º - Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo policial militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§3º - A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser observados e mantidos em todas as circunstâncias da vida, entre os policiais militares.

Constata-se uma consagração da importância jurídica dada ao dever de obediência aos militares do Estado, visando-se preservar a própria instituição policial-militar.

A importância deste supracitado dever é tanta que as legislações penal militar e disciplinar policial-militar trazem um sistema preventivo-repressivo em sua parte especial, instituindo um crime punido com detenção e uma transgressão disciplinar, respectivamente:

Código Penal Militar

Art. 163. Recusar obedecer a ordem do superior sobre assunto ou matéria de serviço, ou relativamente a dever imposto em lei, regulamento ou instrução:

Pena - detenção, de um a dois anos, se o fato não constitui crime mais grave.

Estatuto dos Policiais Militares

Art. 51 - São transgressões do policial militar:

IV - não cumprir ordem legal recebida;

Dessa forma, constata-se que, na Administração Pública Militar, o sistema hierárquico é garantido em muito maior grau do que na Administração Pública em geral, pois naquela não se determina ao não cumprimento de uma ordem superior apenas uma sanção disciplinar delimitada pela Lei do Funcionalismo Público

comum, mas a possibilidade de restringir ao militar sua liberdade, isto tanto pelo Código Penal Militar, quanto pelo próprio Estatuto dos Policiais Militares.

Nesse sentido o penalista militar José da Silva Loureiro Neto esclareceu que:

“... a subordinação constitui a base de todo o ordenamento jurídico, parece impossível conceber um corpo militarmente ordenado que não fosse tutelado o respeito pela pessoa do superior, não somente no que concerne à integridade física, mas também relativamente à autoridade, ao prestígio e ao decoro.”²⁵

Prevê o art. 38 do Código Penal Militar que se o militar agir em estrita obediência à ordem de um superior hierárquico, em matéria de serviços responderá pelo crime somente o autor da ordem, salvo se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso ou houver excesso nos atos ou na forma da execução.

Art. 38. Não é culpado quem comete o crime:

Coação irresistível

a) sob coação irresistível ou que lhe suprima a faculdade de agir segundo a própria vontade;

Obediência hierárquica

b) em estrita obediência a ordem direta de superior hierárquico, em matéria de serviços.

1° Responde pelo crime o autor da coação ou da ordem.

2° Se a ordem do superior tem por objeto a prática de ato manifestamente criminoso, ou há excesso nos atos ou na forma da execução, é punível também o inferior.

3.2.1 Requisitos de uma ordem de superior hierárquico

A ordem do superior, que vinculará em absoluto o subordinado no seu cumprimento, deverá deter em seu bojo alguns requisitos mínimos, que cumpridos excluirão a culpabilidade do militar cumpridor, sendo bem esquematizados pelo professor José da Silva Loureiro Neto:

a) Que seja de um superior

O conceito de superior nos é dado pelo art. 24 do Código Penal Militar, *in verbis*: o militar que, em virtude da função, exerce autoridade sobre outro de igual posto ou graduação, considera-se superior, para efeito da aplicação da

²⁵ LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. São Paulo: Atlas Jurídico - Grupo Gen, 5.ed. 2010. p. 68.

lei penal militar.

b) Que a ordem seja relativa ao serviço

Entende-se por aquela relacionada com as funções do inferior, dentro de suas atribuições funcionais que entendam aos interesses da corporação, não as que beneficiam interesses particulares.

c) Que a ordem seja de competência funcional superior

Os regulamentos militares e normas gerais de ação dispõem a respeito das atribuições do posto e graduação de todo militar. Conseqüentemente, a ordem emanada do superior deve relacionar-se com sua função, com seu dever de ofício.

d) Que a ordem obedeça aos requisitos formais

A ordem pode ser de natureza escrita, verbal e por sinais convencionais. Em princípio todo ato administrativo é formal, pois só assim poderá ser aferido pela Administração e também pelo Judiciário em caso de constatação de sua validade. É expresso em ordens de serviço, memorandos, despachos normativos etc.

Excepcionalmente a ordem pode ser verbal, em caso de transitoriedade da manifestação de vontade do superior, como em casos de urgência, de instrução militar etc.

e) Que a ordem seja cumprida dentro de “estrita obediência” à ordem superior

Significa que o subordinado, ao cumprir a ordem de seu superior, não pode ir além do que foi determinado. Caso contrário, responde pelo excesso, não havendo, portanto excludente de culpabilidade.

f) Que a ordem não seja manifestamente criminosa

Considera-se manifestamente criminosa uma ordem quando são evidentes sua ilicitude ou ilegitimidade, sem que haja possibilidade de dúvida.²⁶

Faltando um dos requisitos supramencionados, o subordinado não estará resguardado pela exculpante penal em testilha, respondendo pelo ato praticado. Cabe ressaltar que, de todos os requisitos mencionados, o mais difícil de refutar é a manifesta ilegalidade da ordem, cujas determinantes são muito imprecisas, não havendo uma objetividade clara em suas considerações.

3.2.2 Ordem manifestamente criminosa

Ordem manifestamente criminosa é aquela que é visível de forma imediata, de plano, pois, caso não seja visível, será o autor exculpado e o emissor da ordem responsabilizado. Conforme ensina Jorge Alberto Romeiro, quanto a obediência hierárquica no Código Penal Militar:

“... a expressão manifestamente, usada no art. 38, há de ser entendida, de acordo com as circunstâncias, de forma objetiva, como conhecimento instantâneo da criminalidade do ato, sem necessidade de outras reflexões a respeito do mesmo assunto. O juiz não deve levar em conta a capacidade de conhecimento do subordinado, mas a de qualquer soldado, que não distinta por sua inteligência, nem por sua maior ou menor responsabilidade pessoal.

O caráter criminoso do ato deve ser manifesto para todo o mundo, como,

²⁶ LOUREIRO NETO, op. cit., p. 66/67.

v.g., a ordem de agressão a um subordinado por vingança pessoal”²⁷

Se o caráter criminoso do ato não é manifesto, o subalterno que cumpre a ordem ilícita está coberto pelo artigo, salvo se se exceder, quer quanto aos limites do ato, quer quanto a sua execução. Neste caso, torna-se coautor do crime.

Neste contexto, não visível de plano que ordem expedida é criminosa, caberá ao subordinado cumpri-la, estando dirimida a sua culpa na esfera penal militar, ex vi da alínea b do art. 38 do CPM.

Cumprir, fazer uma distinção entre o funcionário civil e o militar. O funcionário civil não discute a oportunidade ou conveniência da ordem do superior, mas pode discutir sua legalidade. E essa ilegalidade pode decorrer, por exemplo, do descumprimento de uma formalidade. Uma ordem pode ser ilegal porque não obedece a forma estabelecida em lei. Basta isso e já é ilegal. O funcionário civil, subalterno, não é obrigado a cumprir ordem ilegal, embora só responda por crime quando a ordem for manifestamente, iniludivelmente ilegal. Ademais, se representar qualquer prejuízo a terceiro, o subalterno será tão responsável quanto o superior.

No caso do militar, a situação é completamente diferente. Ele não discute a legalidade, porque tem o dever legal de obediência, e qualquer desobediência pode constituir crime de insubordinação (art.163 do CPM). O subalterno militar não é culpado, qualquer que seja a convicção sobre a ilegalidade da ordem. Pelo crime eventualmente decorrente só responde o autor da ordem²⁸. O Código Penal Militar, diferentemente do Código Penal, estabelece, implicitamente, apenas que o militar não deve obedecer a ordem manifestamente criminosa (art. 38, § 2º). A questão é completamente diferente. Evidentemente, seria absurdo afirmar que alguém tem o dever de obedecer, seria absurdo afirmar que alguém tem o dever de ordem criminosa. Agora, quanto à legalidade da formalidade em si, se está correta ou incorreta, se o superior tem ou não tem atribuição para emitir aquela ordem, o problema não é do agente hierarquicamente inferior.

Na orla castrense o maior rigor na exigência pronta ao cumprimento pelos subordinados das ordens superiores determina reflexamente uma maior responsabilidade aos que as emanaram pelas consequências de suas determinações, o que se torna natural, quando de um regime institucional e

²⁷ ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1994, p.124/125.

²⁸ Cf. NETTO, Alcides Munhoz. **A ignorância em matéria de antijuridicidade em matéria penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1978 apud BITENCOURT, 2017. Op. Cit. p. 391

extremamente hierarquizado e disciplinado.

Assim sendo, emanada a ordem pelo superior hierárquico competente detentora de todos os requisitos a ela inerentes, principalmente por não ser manifestamente criminosa, restará toda responsabilidade pelas suas consequências no plano jurídico, ao superior, e não ao subordinado, sendo inexecutável conduta diversa deste frente a uma ordem não manifestamente criminosa.

4 OS CONSELHOS DA JUSTIÇA MILITAR

Como se sabe, a Justiça Militar da União tem previsão constitucional, estando inserida dentre os diversos órgãos que compõe o Poder Judiciário brasileiro: o Supremo Tribunal Federal; o Superior Tribunal de Justiça; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares, e os Tribunais e Juízes dos Estados do Distrito Federal e Territórios. Sua previsão específica está situada entre os arts. 122 a 124 da Carta Magna.

Já em relação aos Estados, o art. 125,§ 3º, da Constituição, estabelece a possibilidade de a Lei Estadual criar, mediante proposta do Tribunal de Justiça, a Justiça Militar Estadual, constituída, em primeiro grau, pelos Juízes de Direito e pelos Conselhos de Justiça e, em segundo, pelo próprio Tribunal de Justiça, ou por Tribunal de Justiça Militar, nos Estados em que o efetivo militar seja superior a vinte mil integrantes.

Atualmente, apenas os Estados de Minas Gerais, São Paulo e Rio Grande do Sul possuem Tribunal Militar, sendo que nos demais Estados e do Distrito Federal, a instância recursal é afeta ao Tribunal de Justiça. Os Conselhos de Justiça, entretanto, funcionam em todos os Estados e Distrito Federal, assim como nas Circunscrições da Justiça Militar da União.

Já pelo antigo Regulamento Processual Criminal Militar, de 16.07.1895, a justiça criminal militar era administrada pelos Conselhos de Investigação, pelos Conselhos de Guerra e pelo Superior Tribunal Militar (art. 1º).²⁹

O processo era bifásico, uma vez reunido o Conselho de Investigação em atendimento à convocação de seu presidente, era por este apresentada a queixa, ou denúncia, ordem escrita da autoridade superior, ou a parte acusatória e todos os meios de investigação a respeito do fato criminoso e delinquente (art. 174).³⁰

Era a formação da culpa, concluída pelo despacho de pronúncia ou não pronúncia do indiciado, remetendo-se, então o processo para o Conselho de Guerra cuja competência era processar e julgar em primeira instância, os militares pronunciados pelo Conselho de Investigação em crime militar (art. 30), cujo

²⁹ Cf. CORREA, Getúlio. **Direito Militar – História e Doutrina Artigos Inéditos**. Florianópolis: AMAJE, 2002.

³⁰ Ibid., p. 10

delineamento estava previsto nos arts. 33 e seguintes do referido Regulamento Processual Criminal Militar de 1895.³¹

Por sua vez, o Código de Justiça Militar, instituído pelo Decreto-lei 925, de 02.12.1938, delineou a composição dos Conselhos de Justiça, em três espécies: a) Conselho Especial de Justiça, destinado a julgar oficiais e composto pelo juiz auditor e de quatro juízes militares de patente superior a do acusado, sob presidência de oficial superior ou general (art.12); b) Conselho Permanente de Justiça, que além do juiz auditor e de um oficial superior que seria o Presidente, era composto de mais três oficiais até a patente de capitão ou de capitão-tenente (art. 13); c) Conselhos de Justiça nos corpos, formação ou estabelecimentos do Exército, para julgamento de desertores e de insubmissos, constituídos por um capitão, como presidente, e de oficiais de preferência de patente inferior à do presidente (art. 18).³²

O Decreto-lei 1.003, de 21.10.1969, que instituiu a Lei de Organização Judiciária Militar (LOJM), previa igualmente, em seu art.13, a existência dos três Conselhos. Já dentro da nova e atual ordem constitucional, a Lei Federal 8.236/91 extinguiu os Conselhos de Justiça dos corpos de tropa, restando, tão-somente, os Conselhos Especial e Permanente de Justiça. Hoje, a organização judiciária militar da União está detalhada pela Lei Federal 8.457, de 04.09.1992 (LOJMU).

4.1 NATUREZA DO CONSELHO DE JUSTIÇA

O Conselho de Justiça é um órgão jurisdicional colegiado *sui generis*, formado por um juiz togado (auditor ou juiz de direito, na área estadual) 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 (LOJMU)³³, aplicável igualmente à Justiça Militar Estadual. O Conselho Permanente

³¹ Cf. ASSIS, Jorge César de. **Direito Militar: Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007. p. 55/56

³² *Ibid.*, p. 57/58

³³ Art. 16. São duas as espécies de Conselhos de Justiça:

a) Conselho Especial de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor e quatro Juízes militares, sob a presidência, dentre estes, de um oficial-general ou oficial superior, de posto mais elevado que o dos demais juízes, ou de maior antigüidade, no caso de igualdade;

de Justiça, que processa e julga os praças ou civis, tem seus juízes renovados a cada trimestre, sem vincular os juízes militares ao processo no 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. Vigem aqui, excepcionalmente somente, e somente em relação aos juízes militares, ou seja, aquele Conselho somente se extinguirá com a decisão final do processo.

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

O juiz-auditor (juiz de direito do juízo militar), togado, 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.

Os juízes militares investem-se na função (e não no cargo) após terem sido sorteados dentre a lista de oficiais apresentados, nos termos dos arts. 19 e 23 da Lei 8.457/92³⁴. São juízes de fato, não gozando das prerrogativas afetas aos magistrados de carreira. De se ressaltar, ainda, que os oficiais são juízes militares, 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.

De consequência, as Forças Armadas e as Polícias Militares devem manter orientações, esclarecimentos e treinamento de caráter permanente, destinados aos oficiais que irão compor os futuros Conselhos de Justiça.

Fundamental a consciência de que, nos termos da legislação atual, na Justiça Militar da União, o Presidente do Conselho de Justiça é o oficial de maior posto, e

b) Conselho Permanente de Justiça, constituído pelo Juiz-Auditor, por um oficial superior, que será o presidente, e três oficiais de posto até capitão-tenente ou capitão.

³⁴ Art. 19. Para efeito de composição dos conselhos de que trata o artigo anterior, nas respectivas Circunscrições, os comandantes de Distrito ou Comando Naval, Região Militar e Comando Aéreo Regional organizarão, trimestralmente, relação de todos os oficiais em serviço ativo, com respectivos posto, antiguidade e local de serviço, publicando-a em boletim e remetendo-a ao Juiz-Auditor competente.

Art. 23. Os juízes militares que integrarem os Conselhos Especiais serão de posto superior ao do acusado, ou do mesmo posto e de maior antiguidade.

daí a necessária firmeza ao declarar abertas e encerradas as sessões, na prestação do compromisso legal do art. 400 do CPPM³⁵, manter a regularidade dos trabalhos da sessão, e no resolver questões de ordem suscitadas pelas partes (LOJMU, art. 29).

Já na Justiça Militar Estadual, em face do advento da EC 45/04, a presidência dos Conselhos de Justiça passou para o Juiz de Direito (CF, art. 125, § 5º).

A composição heterogênea do Conselho é fundamental, como bem disse o Ministro do Superior Tribunal Militar, Antônio Carlos Batista:

“O meu testemunho é no sentido de que, por sua composição especial, realmente se junta o conhecimento jurídico com o sentimento de conhecimento prático. É comum, por ocasião da leitura de um relatório, por parte do Ministro Relator, adentrarmos nos processos e vagarmos pelo local da ocorrência como se a tudo estivéssemos presenciando. Quantas vezes voltei a ser Oficial de dia, ou de operações, participante (em espírito), daquele evento meio intrincado para meus pares civis, que pouco ou nenhum contato tiveram com o nosso meio? Quantas vezes pude influir para que entendessem aquilo que então se passara e que as folhas do processo não retrataram devidamente?

Os togados precisam de seus pares militares, da mesma forma como seria impossível funcionarmos sem eles. A verdadeira justiça é oferecida pelo amálgama que se faz dos seus conhecimentos e das nossas experiências.

É como registrou o ex-ministro do Supremo Tribunal Federal, Dr. João Barbalho, em seu livro *Comentários a Constituição Brasileira*, ao se referir a Justiça Militar, afirmando que “a infração do dever militar por ninguém pode ser melhor apreciada do que por militares; eles, mais que os estranhos ao serviço das forças armadas, sabem compreender a gravidade da situação e as circunstâncias que podem modifica-la”³⁶

A jurisdição, como faculdade de julgar e poder dizer o direito, deve ser resultado de uma investigação mental, um exercício de inteligência em que o juiz dará melhor solução a cada caso concreto, e através do Conselho faz-se a conexão entre o conhecimento jurídico e o conhecimento prático, determinantes na formação do convencimento do órgão julgador.

³⁵ Art. 400. Tendo à sua direita o auditor, à sua esquerda o oficial de posto mais elevado ou mais antigo e, nos outros lugares, alternadamente, os demais juizes, conforme os seus postos ou antiguidade, ficando o escrivão em mesa próxima ao auditor e o procurador em mesa que lhe é reservada — o presidente, na primeira reunião do Conselho de Justiça, prestará em voz alta, de pé, descoberto, o seguinte compromisso: "Prometo apreciar com imparcial atenção os fatos que me forem submetidos e julgá-los de acordo com a lei e a prova dos autos." Esse compromisso será também prestado pelos demais juizes, sob a fórmula: "Assim o prometo."

³⁶ BATISTA, Antônio Carlos. *A Justiça Militar da União*, pelo seu novo Presidente. **Revista Direito Militar**, AMAJME, 13, p.4, set/out/1998.

4.2 O JUIZ-AUDITOR

O juiz-auditor (Juiz de Direito do Juízo Militar) é o arcabouço jurídico do Conselho de Justiça. É ele quem efetivamente detém o conhecimento legal necessário para resolver qualquer incidente durante o processo. É também quem relata o feito, apresentando-o para os juízes militares, e votando sempre em primeiro lugar.

Célio Lobão bem sintetiza quando discorre sobre a competência do juiz-auditor:

“As atribuições do juiz-auditor no processo penal militar assemelham-se às do relator, nos processos penais de competência originária dos Tribunais, embora com maior amplitude na realização de atos pré-processuais, como autoriza o §5º, do art. 390, do CPPM:

Salvo o interrogatório do acusado, a acareação nos termos do art. 365 e a inquirição de testemunhas, na sede da Auditoria, todos os demais atos da instrução criminal poderão ser procedidos perante o juiz-auditor com a ciência do advogado, ou curador, do acusado, e do representante do Ministério Público.”³⁷

Os atos judiciais são, via de regra, executados por ele, ou de acordo com sua orientação. Em caso de dúvidas, estando reunido o Conselho, proceder-se-á à votação de seus membros. Sua competência encontra-se prevista no art. 30, da Lei 8.457/92, e em vários dispositivos do Código de Processo Penal Militar.

4.3 A REFORMA DA JUSTIÇA MILITAR ESTADUAL

O desejo por reformas no Judiciário brasileiro, ao início deste século, alcançou a Justiça Militar. Dentre elas, as mudanças mais significativas ocorreram na Justiça Militar Estadual, já fazendo parte do texto aprovado da referida EC 45. Houve uma substancial alteração na redação do art. 125 da CF, em especial nos seus §§ 3º, 4º e 5º.

³⁷ LOBÃO, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. 1. ed. Editora Método, 1999. p. 413

4.3.1 Critérios para criação de Tribunal Militar Estadual

No § 3º mudou-se, 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 Bombeiro Militares. Ao mesmo tempo, a ressalva a competência do Tribunal para decidir sobre a perda do posto e da patente e da graduação das praças.

Analisando este critério para criação de Tribunal Militar Estadual, Ronaldo João Roth³⁸ asseverou que, dessa forma o Texto Constitucional, quanto à criação do Tribunal de Justiça Militar, disciplinou-o em seu § 3º do art. 125, e, mantendo a permanência condicionada ao efetivo da instituição Militar estadual, com a maior precisão agora o constituinte derivado vinculou a possibilidade da existência daquela justiça Especializada diante do requisito quantitativo de militares no Estado, ou seja, ao efetivo militar estadual superior a vinte mil integrantes e não ao efetivo da Polícia Militar, como ocorria no texto anterior.

É que na expressão efetivo militar estadual engloba o efetivo da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar, Instituições essas que integram o sistema de segurança pública brasileiro, consoante explicitado na Carta magna (art. 144, V, e § 6º).

Vários Estados brasileiros, atualmente, já possuem efetivo militar superior a 20.000 integrantes, o que autorizaria a iniciativa de lei por parte do Tribunal de Justiça correspondente para a criação da Corte Militar, como Rio de Janeiro, Paraná, Bahia e Pernambuco. O debate, portanto, seria de natureza política, entre as forças operantes da Unidade da federação, ponderando a conveniência e oportunidade de tal criação.

³⁸ ROTH, Ronaldo João. **Primeiros comentários sobre a Reforma Constitucional da Justiça Militar**. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/?Secao=doutrina&cat=1>> Acesso em: 15jun17.

4.3.2 Presidência dos Conselhos de Justiça

A maior mudança diz respeito à figura do Juiz de Direito, que passa a ser presidente dos Conselhos de Justiça, em detrimento dos Oficiais Superiores da Corporação, 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 militar em 01.04.1808.

Ronaldo João Roth discorrendo sobre essa alteração, aduz que:

“...situação nova trazida também pela EC 45 foi a mudança da presidência do conselho de Justiça, agora centrada na pessoa do juiz de direito e não mais na pessoa do militar de maior patente, consoante estabelecia a legislação infraconstitucional.

Veja que essa mudança significativa no colegiado castrense determina a alteração da legislação infraconstitucional (Lei de Organização Judiciária, CPPM etc.) que estabelecem que a presidência do Escabinato recaia sobre o militar de maior patente e obrigatoriamente seja o mesmo um oficial superior.

Os oficiais na Instituição Militar são de diversas categorias: subalternos (Tenentes), intermediários (Capitães) e superiores (Majores, Tenente Coroneis e Coroneis), logo, como se falou, observando a tradição da legislação infraconstitucional, a presidência do conselho de Justiça sempre foi reservada para o militar de maior patente naquele Escabinato.

À presidência do Conselho de Justiça a lei reservou, em síntese, os atos de abertura e encerramento da sessão, o controle do tempo de falta das partes, a ordenação de votos pelos outros juízes que integram aquele Colegiado e a polícia das sessões, esta exercida concomitantemente com as atribuições do juiz de direito (art. 385 do CPPM).

No referido Colegiado da justiça Castrense, além do presidente, o juiz de direito exercia preponderante atividade de ouvir as pessoas (réu, ofendido e testemunhas), de fazer as perguntas dos juízes militares (temporários) e das partes, como também cabendo-lhe redigir a sentença (art.438, §2º, do CPPM).

Com o advento da mudança constitucional, passando a presidência do Conselho de Justiça para o juiz de direito, há uma significativa alteração nas atividades conferidas aos juízes do Escabinato castrense, pois agora exclusivamente o juiz de direito é que detém atribuições de preponderância sobre os outros quatro juízes militares (temporários).”³⁹

A atividade dos juízes militares ficou assim limitada à participação na instrução probatória com as reperguntas que lhe são devidas e às decisões do Escabinato, sempre tomadas por votação e, no mínimo, por maioria de votos.

³⁹ ROTH, op.cit.

4.3.3 Competência singular para o julgamento dos crimes cometidos contra civis

Inovou a Emenda Constitucional 45, igualmente, ao dispor que o 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, segue a lógica de que 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.

Com a mudança constitucional, o constituinte derivado quis deixar à competência do juiz de direito singularmente, e não ao Conselho de Justiça, os delitos militares que objetivamente atingem o bem jurídico da vítima primária, como ocorre nos crimes contra a pessoa e contra o patrimônio.

Há delitos militares em que o civil pode ser vítima primária, isso equivale a dizer que ela é titular do bem jurídico tutelado pela Lei Penal Militar (vida, liberdade, honra, patrimônio etc.), no entanto, nos crimes contra a Administração Pública, o sujeito passivo em primeiro plano é o Estado, como é o caso do peculato, da concussão e da corrupção passiva, podendo eventualmente o civil ser sujeito passivo secundário.

Portanto, essa questão impõe uma reflexão sobre a importância do bem jurídico tutelado para determinar o órgão julgador da Justiça Militar estadual que deverá atuar no processo e no julgamento da matéria. De que, o critério para definição da competência interna do Juízo Militar de Primeira Instância singularmente ao juiz de direito, quando a vítima é civil, não deve alcançar os delitos em que eventualmente e de modo secundário o civil possa ser sujeito passivo, devendo a interpretação para tal respeitar o bem jurídico tutelado e a classificação do crime, dele decorrente, e não o critério *sui generis* da vítima civil.

4.3.4 Da ordem de votação dos Juízes do Conselho

Em razão da reforma por conta da EC 45/04, passou-se a questionar a necessidade de alteração da ordem de votação dos membros do Conselho de Justiça, seja ele Permanente ou Especial. Passou-se a indagar se a presidência do Escabinato castrense, função anteriormente exercida por um oficial superior de maior patente entre os juízes militares (e, por ordem legal sempre o último a votar, cabendo-lhe, pois, quando houver empate na votação dos juízes que lhe antecederam, decidir pelo voto de minerva) passou agora ao juiz de direito, impondo a este votar também em último lugar, ou em primeiro lugar.

Essa questão é de extrema relevância no Escabinato castrense, uma vez que a lei infraconstitucional estabelece a ordem de votação, Art. 435 do CPPM:

“Art. 435. O presidente do Conselho de Justiça convidará os juízes a se pronunciarem sobre as questões preliminares e o mérito da causa, votando em primeiro lugar o auditor; depois, os juízes militares, por ordem inversa de hierarquia, e finalmente o presidente.”⁴⁰

A tradição da legislação castrense foi sempre a de reservar o primeiro voto ao juiz togado (juiz auditor e agora denominado constitucionalmente juiz de direito), pois este é o juiz técnico e aquele que irá conduzir e nortear o voto do Conselho de Justiça, relatando-o e expondo todas as questões de fato e de direito que envolvem a matéria, decidindo, preponderantemente, pelo viés do direito.

Dessa forma, os juízes militares teriam, antes de votar, o conhecimento do voto técnico, do voto de direito, proferido pelo juiz togado, podendo concordar com aquele voto ou dele discordar, sempre fundamentando seu posicionamento.

Para Ronaldo João Roth⁴¹, a ordem estabelecida pela lei, coincide com a ordem de votação que, com o advento da EC 45, deverá ser: primeiro vota o juiz de direito (que também é o Presidente do Conselho de Justiça na JME), depois votam os juízes militares na ordem inversa de antiguidade, até o de maior patente naquele

⁴⁰ BRASIL, Decreto-lei nº 1002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 21 de out. de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm>. Acesso em: 9 jul. 2017.

⁴¹ ROTH, Ronaldo João. **Temas de Direito Militar**. São Paulo: Suprema Cultura. 2004. p. 23-30.

Colegiado.

Essa divisão de atribuições no Conselho de Justiça, ordenando a sua funcionalidade, não retira as prerrogativas dos juízes militares na sua tarefa de julgar, garantindo-lhes imparcialidade e independência de sua atuação e de seus votos, marcados pela ordem de votação e pela garantia de justificativa do voto (art. 438, § 2º do CPPM).

Parece ao autor que a ordem de votação dos juízes militares, depois do voto do juiz de direito, estabelecida pela lei, tem uma razão de ser, pois, como já se falou, tendo como condutor o voto do juiz do juiz técnico, primeiro, dentre os militares, vota o militar de menor patente, assim sucessivamente, até o de maior patente.

Essa ordenação de votos entre os juízes militares permite que o militar de menor patente, tendo como base o voto do juiz de direito, vote desvinculadamente dos votos que lhe seguirão, logo, propicia não haver qualquer constrangimento do juiz de menor patente discordar do voto do juiz de maior patente, pois este voto até aquele momento é desconhecido.

Em sentido contrário, está Eliezer Pereira Martins⁴², para quem com o advento da EC 45/04, não mais prospera a regra do art. 435 do CPPM, assim, na sessão de julgamento, o Presidente do Conselho (Juiz de Direito) convidará os juízes a se pronunciarem sobre as questões preliminares e o mérito da causa, votando em primeiro os juízes militares, por ordem inversa de hierarquia e, finalmente, o Juiz de Direito do Juízo Militar.

Para o autor, a inobservância do critério de ordem de votação aqui apontado é nulidade que causa prejuízo evidente ao réu, posto que a autoridade do Juiz de Direito do Juízo militar inferirá seguramente no convencimento dos juízes militares, fazendo preponderar o juízo da autoridade sobre o juízo da justiça e do direito livremente fixados, razão pela qual aduz que o requerimento de observância da ordem de votação que ele defende, seja feito ao final dos debates; que eventual indeferimento seja objeto de registro na ata de sessão de julgamento, entendendo por fim que a inobservância dessa ordem de votação por ele proposta, dará ensejo a *habeas corpus* por nulidade do processo.

⁴² MARTINS, Eliezer Pereira. A ordem de votação nos Conselhos Permanentes e Especiais na primeira instância da Justiça Militar Federal e Estadual, pós reforma do Judiciário. *Revista Direito Militar*. Florianópolis, 58, p. 7-8, mar/abr. 2006.

5 PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DESRESPEITADOS

Com a transição paradigmática da modernidade para a pós-modernidade, importantes mudanças ocorreram no direito processual do ocidente, tendo em vista a superação de um modelo formalista e hermético do processo jurisdicional, consectário lógico do positivismo jurídico.

Ricardo Maurício Freire Soares sustenta que:

“A modernidade jurídica começou a ser solapada pelo advento de novos fatos e valores sociais, exigindo o redimensionamento da finalidade do processo jurisdicional, a fim de configurar-se como instrumento ético e político capaz de materializar os direitos fundamentais da sociedade civil. Tais exigências oportunizaram a emergência de uma teoria dos princípios constitucionais aplicados às relações processuais, cuja multifuncionalidade e eficácia vertical e horizontal permitiram tornar o processo um espaço público vocacionado para a emancipação do ser humano e, portanto, mais adequado a concretização de direitos fundamentais.”⁴³

Dessa forma, o direito processual adquire notas de pluralidade, reflexividade, prospectividade, discursividade e relatividade, que caracterizam o fenômeno jurídico na pós-modernidade jurídica.

A pluralidade pode ser constatada quando passa-se a alcançar o deslinde de litígios metaindividuais, tornando-se um instrumento mais heterogêneo e dialético, salvaguardando as diversas dimensões de direitos fundamentais: civis, políticos, coletivos, socioeconômicos e difusos.⁴⁴

A reflexividade decorre de abertura deste campo jurídico aos novos valores e fatos sociais. O processo passa a apresentar maior maleabilidade em face das especificidades de cada lide, adaptando os procedimentos às exigências axiológicas e valorativas dos direitos fundamentais envolvidos nas lides.⁴⁵

A prospectividade pode ser medida pela progressiva utilização de cláusula gerais e princípios constitucionais do processo na solução de conflitos de interesse,

⁴³ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Devido Processo Legal: Uma visão pós-moderna**. Salvador: JusPodivm. 2008. p.26.

⁴⁴ Cf. *Ibid.*, p. 26/27.

⁴⁵ Cf. *Ibid.*, p. 27/28.

visto que se apresentam como estruturas normativas mais flexíveis e propensas a acompanhar a evolução histórico-social dos direitos fundamentais.⁴⁶

A discursividade pode ser vislumbrada pela valorização da natureza retórica do processo, concebido como um *locus* democrático em que os sujeitos processuais exercitam uma racionalidade comunicativa, cooperando para a busca de uma decisão mais justa. Enfatiza-se o desenvolvimento de processos argumentativos que oportunizem e dinamizem o contraditório/ampla defesa, a fim de melhor justificar e legitimar as decisões judiciais sobre direitos fundamentais.⁴⁷

Por sua vez a relatividade se traduz pela recusa de um processo formalista e fechado, cercado de regras absolutas e inquestionáveis, e pela aceitação do papel ativo do julgador na construção hermenêutica das normas jurídicas.⁴⁸

Um dos aspectos marcantes da conformação de um direito pós-moderno, com nítidos reflexos na fisionomia do próprio direito processual, diz respeito à progressiva utilização de cláusulas gerais, como receptáculos normativos de princípios constitucionais e infraconstitucionais.

Em virtude da constante utilização de princípios na atualidade, inclusive no âmbito das relações processuais, chega-se mesmo a afirmar que a comunidade jurídica presencia a emergência de um novo paradigma principiológico. Com efeito, a doutrina e a jurisprudência têm utilizado, cada vez mais, os princípios na resolução de problemas concretos, tornando absolutamente necessário ao intérprete do direito compreender e utilizar tais espécies normativas.

Neste sentido, sustenta Humberto Ávila:

“... hoje, mais do que ontem importa construir o sentido e delimitar a função daquelas normas que, sobre prescreverem fins a serem atingidos, servem de fundamento para aplicação do ordenamento constitucional – os princípios jurídicos.”⁴⁹

Como normas de inegável densidade valorativa, os princípios jurídicos ganham relevo para o direito contemporâneo. A partir do momento em que são reconhecidos como normas jurídicas, todo esforço é canalizado para emprestar-lhes a máxima eficácia.

⁴⁶ Cf. SOARES, 2008. *Ibid.*, p.28.

⁴⁷ Cf. *Ibid.*, p.28/29.

⁴⁸ Cf. *Ibid.*, p. 29.

⁴⁹ ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 17. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 15

Os princípios jurídicos são, por seu turno, multifuncionais, podendo ser vislumbradas as funções fundamentadora e hermenêutica, desempenhadas inclusive no campo do direito processual.

No desempenho de sua função fundamentadora, os princípios são ideias básicas que servem de embasamento ao direito positivo, expressando os valores superiores que inspiram a criação do ordenamento jurídico, além de configurar os alicerces de todo e qualquer sistema normativo.

No campo hermenêutico, serve também o princípio como limite de atuação do intérprete. Ao mesmo tempo em que funciona como vetor de orientação interpretativa, o princípio tem como função limitar o subjetivismo do aplicador do direito. Sendo assim, os princípios estabelecem referências, dentro das quais o intérprete exercitará seu senso do razoável e sua capacidade de fazer justiça diante de um caso concreto.

O delineamento do direito processual pós-moderno, marcado pelos atributos da pluralidade, reflexividade, prospectividade, discursividade e relatividade, trouxe a tona o ingente papel desempenhado pelos direitos fundamentais, enunciados pelas cláusulas principiológicas, nos sistemas jurídicos contemporâneos. Com a crise da modernidade jurídica, solapada pelo advento de fatos e valores sociais, exigiu-se o redimensionamento da finalidade do processo jurisdicional, a fim de configurar-se como instrumento ético político capaz de materializar os direitos fundamentais da sociedade.⁵⁰

Como bem aduz Lênio Streck:

“... o Estado Democrático de Direito pressupõe, para a sua plena realização, uma hermenêutica peculiar, que supera a hermenêutica constitucional tradicional, diferenciando-se em virtude de ser uma hermenêutica em que a Constituição é vista como uma ferramenta que está a disposição do intérprete, sendo um modo de ser no mundo do intérprete. Essa a razão pela qual a parte programática do texto constitucional pode ser considerada com tendo, ao lado do seu caráter principiológico, a função de caixa de ferramentas com a qual deverá contar o intérprete para a plena realização dos objetivos últimos do sistema constitucional.”⁵¹

Tais exigências ético-valorativas oportunizaram a emergência de uma teoria

⁵⁰ Cf. SOARES, 2008. Ibid., p.63.

⁵¹ STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 194.

dos princípios constitucionais aplicados às relações processuais, cuja multifuncionalidade e plena eficácia permitiriam tornar o processo um espaço público vocacionado para emancipação do ser humano e, portanto, mais adequado para a concretização dos direitos fundamentais.⁵²

Como os princípios de direito figuram padrões teleológicos do sistema jurídico, a interpretação do direito processual deve ser orientada pela principiologia constitucional, tais como os princípios do devido processo legal, da razoabilidade/proporcionalidade, da isonomia, contraditório e ampla defesa, do juiz natural, da inafastabilidade da jurisdição, da publicidade dos atos processuais, da motivação das decisões judiciais, do duplo grau de jurisdição, da proibição do uso de prova ilícita e da duração razoável do processo.

5.1 O DEVIDO PROCESSO LEGAL

O devido processo legal pode ser considerado uma cláusula geral principiológica, prevista pela Constituição, irradiando-se para a disciplina de todas as modalidades de processo (jurisdicional, administrativo, legislativo, negocial), como de inegável inspiração pós-positivista. O princípio do devido processo legal encontra-se consagrado na Carta Magna de 1988, insculpido no artigo 5º, inciso LIV, ao estabelecer que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal.

Como bem acentua Rui Portanova:

“O devido processo legal é uma garantia da cidadania, constitucionalmente prevista em benefício de todos os cidadãos, assegurando tanto o exercício do direito de acesso ao Poder Judiciário, com as garantias processuais, como o desenvolvimento legítimo do processo de acordo com as normas previamente estabelecidas. Segundo o princípio do devido processo legal, não basta que o membro da coletividade tenha direito ao processo, tornando-se também inafastável a sua absoluta regularidade formal e material, com efetividade e legitimidade.”⁵³

No transcurso da evolução histórica, duas modalidades de devido processo legal foram sedimentadas no ocidente: *procedural due process* e *substantive due*

⁵² Cf. SOARES, 2008. Ibid., p.63/64.

⁵³ PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 145.

process.

Na primeira acepção, o devido processo legal significa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional. Verifica-se, apenas, se o procedimento empregado por aqueles que estão incumbidos da aplicação das normas jurídicas viola o devido processo legal, sem se cogitar da substância do ato.⁵⁴

Na segunda significação, o devido processo legal refere-se à maneira pela qual a lei, o regulamento, o ato administrativo ou a decisão judicial são aplicados, de molde a aperfeiçoar a busca de uma opção hermenêutica legítima e efetiva, com base nos resultados da ponderação principiológica e do uso do postulado razoabilidade/proporcionalidade.⁵⁵

O exame do sentido e alcance do princípio do devido processo legal, em suas acepções procedimental e substantiva, não pode ser apartado da investigação sobre o significado ético-jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana. Isto porque o devido processo legal se afigura como uma das projeções da dignidade da pessoa humana, despontando como o instrumento capaz de materializar e tutelar, nas lides concretas, o respeito à existência digna, síntese da imensa totalidade dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Conforme assinala Ingo Sarlet:

“A dignidade se afigura como a qualidade integrante e irrenunciável da condição humana, devendo ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida. A aceitação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana impõe, assim de sua capacidade de produzir efeitos jurídicos.”⁵⁶

Neste sentido, a proclamação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana, na maioria das Constituições contemporâneas, conduziu ao reconhecimento dos princípios como normas basilares de todo o sistema jurídico, afastando-se a concepção de programaticidade, que justificava a neutralização da

⁵⁴ Cf. SOARES, 2008. *Ibid.*, p.67.

⁵⁵ Cf. *Ibid.*, p.68.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p.41.

eficácia dos valores e fins norteadores dos sistemas constitucionais.⁵⁷

O Estado, ao exercer o *jus puniendi*, não pode se distanciar das balizas impostas pela condição humana do acusado ou condenado. Por mais reprovável que tenha sido o crime, merece o infrator tratamento digno. Neste sentido, os ordenamentos jurídicos ocidentais costumam estatuir certas garantias fundamentais, quais sejam: vedação em submeter qualquer pessoa a tratamento desumano ou degradante, assegurando-se ao preso o respeito à integridade física e moral; observância do devido processo legal com todos os seus desdobramentos – o contraditório, a ampla defesa, o juiz natural, a inadmissibilidade de provas ilícitas, a presunção de inocência; a reserva legal da definição de crimes, a individualização das penas e a interdição de determinadas sanções, tais como a pena capital, a prisão perpétua, os trabalhos forçados, o banimento e as penas cruéis.⁵⁸

Com efeito, o legislador constituinte brasileiro conferiu ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, informando a totalidade das prerrogativas e as garantias fundamentais da cidadania, cuja exteriorização depende dos veículos institucionais e dos recursos metodológicos disponibilizados pelo uso hermenêutico da cláusula do devido processo legal.

5.2 O DEVIDO PROCESSO LEGAL EM SENTIDO FORMAL: GARANTIAS PROCESSUAIS

O devido processo legal, em sua acepção formal ou procedimental (*procedural due process*) designa o conjunto de garantias de ordem constitucional, que de um lado asseguram às partes o exercício de suas faculdades e poderes processuais e, de outro, legitimam a própria função jurisdicional. Para que seja efetivada a cláusula do *due process of law* em seu sentido formal, certas garantias devem ser postas pelo Estado em favor dos cidadãos, geralmente enunciadas na forma de princípios

⁵⁷ Cf. NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.45

⁵⁸ Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017. p.54/55.

jurídicos.⁵⁹

Como destaca Nelson Nery Junior:

“Do reconhecimento do devido processo legal, já defluirá toda a principiologia que garante um processo justo, daí resultando a institucionalização de inúmeras garantias para a cidadania: a) direito a citação e ao conhecimento do teor da acusação; b) direito a um rápido e público julgamento; c) direito ao arrolamento de testemunhas e à notificação das mesmas para comparecimento nos tribunais; d) direito ao procedimento contraditório; e) direito de não ser processado, julgado ou condenado por alegada lei *ex post facto*; f) direito a plena igualdade entre acusação e defesa; g) direito contra medidas ilegais de busca e apreensão; h) direito de não ser acusado nem condenado com base em provas ilegalmente obtidas; i) direito a assistência judiciária, inclusive gratuita; j) privilégio contra a auto-incriminação; k) a proteção a igualdade entre as partes, o direito de ação e o direito de defesa e o contraditório.”⁶⁰

Para os limites do presente trabalho, cumpre examinar as projeções do devido processo legal em sentido formal que não são concretizadas no âmbito do julgamento de praças através de Conselho Permanente de Justiça na Justiça Militar. Sendo assim, merecem destaque as seguintes garantias: isonomia, contraditório e ampla defesa; a previsão do juiz natural.

5.2.1 O princípio da isonomia

O princípio da isonomia decorre da garantia constitucional que dispensa a todos os cidadãos igualdade de tratamento perante a ordem jurídica. Com efeito, o *caput* do art. 5º da Constituição Federal de 1988 prescreve que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do seu direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade.

A noção de tratamento isonômico às partes significa, entretanto, tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades. Busca-se, assim, a denominada igualdade real ou substancial, de molde a proporcionar as mesmas oportunidades às partes processuais.

⁵⁹ Cf. SOARES, 2008. *Ibid.*, p.74.

⁶⁰ NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016. p.29.

A Lei nº 8.457 de 4 de setembro de 1992, que organiza a Justiça Militar e seus serviços auxiliares estabelece um tratamento diferenciado entre oficiais e praças quanto a duração do Escabinato. Quando trata-se de réu que exerce a graduação de praça, estabelece o art. 24 da Lei nº 8.457, acerca da duração do Conselho Permanente de Justiça:

Art. 24. O Conselho Permanente, uma vez constituído, funcionará durante três meses consecutivos, coincidindo com os trimestres do ano civil, podendo o prazo de sua jurisdição ser prorrogado nos casos previstos em lei.⁶¹

Entretanto, quando trata-se de réu que exerce a patente de oficial preferiu o legislador estabelecer um Conselho que acompanha todo o processo, conforme art. 23, §1º da Lei 8457/92:

Art. 23. Os juízes militares que integrarem os Conselhos Especiais serão de posto superior ao do acusado, ou do mesmo posto e de maior antigüidade.

§ 1º O Conselho Especial é constituído para cada processo e dissolvido após conclusão dos seus trabalhos, reunindo-se, novamente, se sobrevier nulidade do processo ou do julgamento, ou diligência determinada pela instância superior.⁶²

No que tange ao reconhecimento das distinções que não podem ser precedidas sem afronta ao preceito isonômico, poder-se-ia analisá-las sob três aspectos que foram desenvolvidos por Celso Antônio Bandeira de Melo⁶³: o primeiro concernente ao elemento relacionado como fator de desigualação; o segundo atinente ao nexo lógico abstrato existente entre o fator erigido em critério distintivo e a disparidade estabelecida no tratamento jurídico diversificado; e por fim, a consonância desta conexão lógica com os interesses salvaguardados pelo sistema constitucional.

Assim sendo, para que certo preceito normativo não incorra em violação ao princípio igualitário, necessário se faz perquirir o fator que é adotado como critério desigualador; verificar, ainda, se existe razoabilidade, ou seja, fundamento lógico para que, em função do elemento distintivo escolhido, se dispense tratamento

⁶¹ BRASIL. Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992. Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 set. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8457.htm>. Acesso em: 9 jul. 2017.

⁶² Ibid.

⁶³ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

jurídico específico; outrossim, cumpre analisar se essa correspondência existente é, *in concreto*, compatível com os valores consagrados pela ordem jurídica constitucional.

Demais disso, impende pontuar que é imprescindível a cumulação destes três aspectos, sob pena de, não obstante a presença de dois deles, se ferir a isonomia. Não é suficiente, pois, que uma regra de direito se utilize legítimo fator de discriminação, se, por exemplo, inexistir correlação lógica entre este fator e a disparidade promovida em função dele, no mesmo sentido de nada adiantaria que estes dois primeiros aspectos gozassem de compatibilidade, se fosse de qualquer modo repudiada pelo sistema normativo a conexão estabelecida entre eles.⁶⁴

5.2.1.1 Igualdade e elemento de discriminação

Pode-se afirmar que assente é o entendimento de que a lei não pode adotar como critério diferencial um elemento tão específico que singularize no presente e definitivamente, de modo absoluto, um sujeito a ser alvo do tratamento discriminatório; bem como, exige-se que o elemento diferencial adotado, invariavelmente resida na pessoa, coisa ou situação a ser discriminada, ou seja, traço algum que não exista nelas mesmas poderá servir de alicerce para submetê-las a regimes diferentes.

Como é sabido, o preceito igualitário insculpido no texto constitucional tem, por escopo, propiciar garantia individual contra perseguições, bem como tolher favoritismos.

Resta claro, pois, tal norma individualiza, de forma atual e absoluta, o seu destinatário, violando a regra isonômica, vez que, ou está dispensando tratamento benéfico a um único indivíduo (o réu oficial), ou está, por outro lado, impondo encargo sobre uma só pessoa (o réu praça), sem todavia, prever gravames ou vantagens para os demais.

Poder-se-ia objetar, precipitadamente que, bastaria para que não fosse reputada iníqua, elaborar a lei em termos figuradamente gerais e abstratos, de forma

⁶⁴ Cf. MELO, 2001. *Ibid.*, p.21/22.

que o seu enunciado em teor não especificado, nem concreto, servir-lhe-ia como garantia de retidão, conquanto visasse um único destinatário, no caso o réu militar.

5.2.1.2 Correspondência lógica entre o elemento de *discrímen* e a diferenciação implementada

Tem-se por certo que impugnação não há ao entendimento de que a norma individualizadora gozará de legitimidade, e por assim dizer, aceitação, quando patente estiver a consonância entre o elemento de *discrímen* por ela adotado e o tratamento diferenciador em razão dele estabelecido.⁶⁵

Em contrapartida, será acoimada de inválida, por afronta ao preceito igualitário, a regra que, ao colher situações, para fins de regulá-las distintamente, amparar-se em fatores que não guardem pertinência com a desigualdade da disciplina jurídica dispensada.

Inferese assim, que a lei elegeu como critério de discriminação os conselhos de justiça e sua duração, todavia tais elementos, invariavelmente, não guardam uma correspondência coerente com a desequiparação que deles resulta, o que permite afirmar que as discriminações são fortuitas e arbitrárias.

5.2.1.3 Afinidade da diferenciação com os interesses acutelados na Constituição

É fundamental que a regra jurídica observe cumulativamente certos aspectos para ser incontrastável em face do princípio isonômico. Assim é que, conquanto seja utilizado elemento diferencial defluente das pessoas, coisas, ou situações discriminadas, e que a desequiparação promovida guarde correlação lógica com o caractere adotado, necessário ainda se faz que esta conexão abstratamente existente esteja, *in concreto*, afinada com os valores prestigiados no sistema normativo constitucional.⁶⁶

Em síntese, importa que exista mais que um liame lógico abstrato entre o fator diferencial e a conseqüente distinção. Exige-se, outrossim, que haja um nexu lógico

⁶⁵ Cf. MELO, 2001. *Ibid.*, p.37.

⁶⁶ Cf. MELO, 2001. *Ibid.*, p.42.

concreto, aferido em função dos interesses abrigados no direito positivo constitucional.

Há na Lei 8.457/92 uma explícita desequiparação entre réus pertencentes a classes hierárquicas diferentes, que contraria a isonomia, a qual se consagra como o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. Ainda que as discriminações possam ter decorrido de circunstâncias correlacionadas com o tempo e a época de edição do Código de Processo Penal Militar, é injurídica e inconstitucional.

5.2.2 O princípio do juiz natural

O princípio do juiz natural pode ser encontrado na Carta Magna, art. 5º incisos XXXVII (não haverá juízo ou tribunal de exceção) e LIII (ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente). A ideia do Juiz natural é um dos corolários do próprio princípio da reserva legal.

Sobre o princípio em análise, leciona Renato Brasileiro Lima que:

“Deve ser compreendido como o direito que cada cidadão que cada cidadão tem de saber, previamente, a autoridade que irá processar e julgá-lo caso venha a praticar uma conduta definida como infração penal pelo ordenamento jurídico. Juiz natural ou juiz legal, dentre outras denominações, é aquele constituído antes do fato delituoso a ser julgado, mediante regras taxativas de competência estabelecidas pela lei.”⁶⁷

Sendo assim, uma análise mais intensa de cada aspecto do princípio do juiz natural se faz necessário daqui adiante.

5.2.2.1 O juiz natural e os tribunais de exceção: proibição de juízos extraordinários

Conforme já mencionado, o inciso XXVII do art. 5º da Constituição de 1988 estabelece que *“não haverá juízo ou tribunal de exceção”*. Tal proibição, como se verá, é da natureza íntima da própria garantia do juiz natural. Caso contrário, a instituição de um tribunal de exceção implicaria numa ferida mortal ao Estado

⁶⁷ LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2017. p.76.

Democrático de Direito, visto que sua proibição revela a condição conferida ao Poder Judiciário na democracia.

Destarte, juízo ou tribunal de exceção é aquele criado e indicado por uma deliberação legislativa ou não, com o escopo de julgar um determinado caso. Trata-se de uma encomenda, ou seja, criado *ex post facto*, para julgar com parcialidade, para prejudicar ou favorecer alguém.

Dessa forma, o órgão judiciário competente deve preexistir aos fatos com a base nos quais a causa será proposta. O fito da Constituição Federal é impedir justamente que o Estado crie órgãos, diante de situações já delineadas, endereçados a julgamentos seguindo influências simuladas.

Ademais, seguido essa linha, cumpre salientar que a proibição de criação de tribunais *ex post facto* não abrange as justiças especializadas.⁶⁸ Em verdade, estas são atribuições e divisões de atividade jurisdicional entre vários órgãos do Judiciário. Tanto assim que o plano constitucional pátrio jamais mostrou qualquer antipatia à instituição de justiças especializadas.

Ora, estes juízos especiais são orgânicos, pré-constituídos, integrantes do Judiciário, não se contrapondo, portanto, ao juiz natural. O que ocorre é apenas uma prévia distribuição de competências, ora em razão das pessoas, ora em razão da matéria.

Os tribunais formados *ex post facto* funcionam *ad hoc*, para cada caso concreto, enquanto nas justiças especializadas se aplicam leis a todos os casos de determinada matéria ou que envolvam partes previamente definidas.

Em suma, não se deve confundir tribunais de exceção, estes transitórios e arbitrários, com as justiças especializadas, permanentes e orgânicas. Estas são autênticas exemplares de conveniência e necessidade de justiça, com eficiência e celeridade, sem macular a garantia do juiz natural.

⁶⁸ Em sentido contrário: MARCON, Adelino. **O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

5.2.2.2 Juiz natural: juiz constitucionalmente competente

Ao lado da proibição de juízo ou tribunal de exceção, a Constituição Republicana garante, em seu inciso LIII do artigo 5º, que “ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente”. Trata-se, de tal sorte, de uma segunda extensão da garantia do juiz natural.

Desta forma, sob o aspecto formal da aludida garantia, considera-se competente autoridade (juiz) definida pela Constituição ou pela lei mediante a indicação taxativa das causas que ele tem a atribuição de processar e julgar.

Para isso, na lição de Dinamarco, é indispensável que haja uma relação de adequação legítima entre o juiz e a causa, que somente a Constituição e a lei definem ou podem alterar.⁶⁹

Deduz-se, então, que não é lícito impor um juiz numa causa cuja competência não procede da Lei maior ou da legislação infraconstitucional no momento da propositura da demanda, não sendo, inclusive, permitido às mais altas cortes do Judiciário alterar as normas de competência estabelecidas previamente no direito positivo.

De maneira concludente, o que existe no ordenamento pátrio é a garantia de que ninguém pode ser subtraído de seu juiz constitucional, esta autoridade competente cuja função de julgar derive de fontes constitucionais. Nesse diapasão, vigora, aqui, a ideia de que a lei ordinária, por si só, não legitima a jurisdição conferida a juízes e tribunais. Autoridade competente é aquela cujo poder de julgar a Constituição prevê e cujas atribuições jurisdicionais ela própria delineou.

E assim ressaltou com propriedade Frederico Marques:

“Se fosse dado à lei ordinária criar órgãos jurisdicionais especiais que a Constituição não haja previsto, praticamente ela estaria subtraindo da apreciação do Judiciário as causas atribuídas ao mencionado órgão. É por isso que surge, como corolário do princípio do juiz natural, nos moldes amplos com que o nosso regime o consagrou, a norma de que toda a jurisdição pertence a justiça comum, salvo nos casos em que a própria Constituição a delega a órgãos de Justiça especial. Fora do que vem previsto na Constituição, nenhuma competência nova pode ser dada a essas justiças, porque então estaria sendo violado o princípio do juiz

⁶⁹ DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. Vol. 1.** 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

natural.”⁷⁰

É importante ressaltar, ainda, a observação feita por Fredie Didier, para quem o juiz natural é fundamento jurídico dos requisitos processuais da competência do juízo:

“Conforme se pode constatar, há dois requisitos processuais relacionados ao juiz: a competência e a imparcialidade; ambos decorrem da garantia do juiz natural e, portanto, sob essa perspectiva é que devem ser estudados.”⁷¹

Assim sendo, partindo da premissa de que a competência do órgão jurisdicional é requisito de validade do procedimento, qualquer desrespeito às regras de competência e, por conseguinte, ao juiz natural, é circunstância que macula o procedimento, sobretudo os atos decisórios, invalidando, assim, o processo.

5.2.2.3 Juiz natural: imparcialidade e independência

A imparcialidade do juiz não é apenas um mero atributo da função jurisdicional, mas sim a sua essência. Nesse sentido, merecedora de destaque, mais uma vez, é a doutrina de Cândido Dinamarco:

“A imparcialidade, conquanto importantíssima, não é um valor e si própria mas fator para o culto de uma fundamental virtude democrática referida no processo, que é a igualdade. Quer-se o juiz imparcial, para que dê um tratamento igual aos litigantes ao longo do processo e na decisão da causa.”⁷²

Em relação à figura do magistrado, a imparcialidade é o seu requisito anímico, ou seja, está relacionada à isenção de *animus* para o julgamento de uma demanda, afastando-se de qualquer interesse material em disputa, o que não significa que o julgador deva ser descompromissado com o litígio. Pelo contrário, a imparcialidade, nesse aspecto, é uma situação jurídica passiva, pois vincula que o resultado seja o mais justo e adequado com o ordenamento.

Entretanto, não se deve presumir que a exigência de imparcialidade esteja

⁷⁰ MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 1. Campinas: Millenium, 2000. p.176

⁷¹ DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 146.

⁷² DINAMARCO, op. cit. p. 226

conectada a uma suposta exigência de neutralidade do juiz. Esta é absolutamente impossível, haja vista que o juiz, como qualquer ser humano, exerce suas atribuições embasado em razão e emoção. Ao julgar, o magistrado está amparado em premissas de índole ideológica, cultural, econômica etc.

Em suma, os juízes têm total e legítima liberdade para interpretar os textos legais e os fatos, seguindo os valores da sociedade. O próprio sistema de pluralidade de graus de jurisdição e a publicidade dos atos processuais operam em favor de imparcialidade, uma vez que funcionam como freios a possíveis excessos e parcialidades.

Tanto assim que, apesar da Constituição não dedicar termos à imparcialidade do juiz, contém nesta uma série de dispositivos com o fito de assegurar que todas as demandas postas em juízo sejam processadas e julgadas por juízes imparciais. Assim, ao proibir os juízos de exceção, além de cercar os magistrados com uma série de prerrogativas e impedimentos, garantindo a naturalidade dos juízos, objetiva a Constituição deixar os julgadores longes e imunes de qualquer influência danosa.

Vale trazer a lição de Luigi Ferrajoli:

“A escolha do modelo de juiz – de seus requisitos pessoais, de suas modalidades de seleção e recrutamento, de sua posição constitucional, dos critérios de determinação de suas competências e das formas de controle de sua atividade – de fato está ligada ao modelo de juízo previamente escolhido, e, portanto, à fonte de legitimação de modo geral atribuída à jurisdição.”⁷³

Inferre-se, portanto, que mais do que um direito subjetivo do cidadão, o juiz natural é a garantia da própria jurisdição, seu elemento essencial, sua qualificação substancial, não há função jurisdicional.

Considerando todo o já exposto até agora, verifica-se claramente o importante relevo em que pousa o princípio do juiz natural, não só no ordenamento jurídico pátrio, mas de todos os Estados Democráticos de Direito. Dentre os princípios processuais, sem a menor dúvida, o juiz natural ocupa posição de destaque.

Nesse sentido, é a preleção de Fernando da Costa Tourinho Filho:

“Constitui a expressão mais alta dos princípios fundamentais da administração da justiça. Juiz natural, ou Juiz constitucional, ou que outra

⁷³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 460

denominação tenha, é aquele cuja competência resulta, no momento do fato, das normas legais abstratas. É, enfim, o órgão previsto explícita ou implicitamente no texto da Carta Magna e investido do poder de julgar.”⁷⁴

O juiz natural, nesse sentido, ora exerce a função de direito fundamental, uma vez que confere certeza ao jurisdicionado de que a sua demanda será processada e julgada por um juiz ou tribunal distinto daquele conhecido como extraordinário e, por conseguinte, incompetente, ora como um princípio, aferindo segurança de que os regramentos de competência e monopólio da justiça, bem como a independência de seus *presentantes*, não sendo estes objetos de ameaça pela constituição de órgãos submissos e dependentes a outra função do Estado.

5.2.2.4 Identidade física do juiz e o princípio do juiz natural

O artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973 expunha que:

Art. 132. O juiz titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, casos em que passará os autos a seu sucessor.

Parágrafo Único. Em qualquer hipótese, o juiz que proferir a sentença, se entender necessário, poderá mandar repetir as provas já produzidas.⁷⁵

O dispositivo em comento, embora não tenha correspondente no Código de Processo Civil de 2015, é a consagração legal do princípio da identidade física do juiz. Em breve resumo, significa que o juiz que colher o lastro probatório fica vinculado ao julgamento da causa, pois esse, em tese, possui melhores condições para fazê-lo.

Esse princípio possui estrita relação com o juiz natural, haja vista que, uma vez determinado através das regras de determinação de competência, o magistrado ficará ligado a apreciação da demanda. Caso contrário, de nada adiantaria as técnicas jurídicas para assegurar a naturalidade do juízo. Nesse sentido, respeitadas as regras de competência, a imparcialidade – aspecto substancial do juiz natural, apenas para lembrar – deverá estar presente não só no ajuizamento ou na

⁷⁴ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. V.1. p. 41.

⁷⁵ BRASIL. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 9 jul. 2017.

instrução do feito, mas principalmente na produção da sentença.

Obviamente, tal princípio, para se coadunar com a realidade e para que não caísse no vazio, comportou algumas exceções, que estavam, inclusive, expressas no próprio enunciado. Em verdade, o código atual implicitamente abarcou tal princípio ao descrever poderes, deveres e a responsabilidades do julgador.

Na seara processual penal, atendendo os reclames da doutrina, a reforma do Código Processual Penal, especificamente a Lei nº 11.719 de 2008, trouxe a exigência expressa de que o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.⁷⁶

Contudo, o § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal não prevê tais exceções, o que não significa que, no âmbito penal, deva ser aplicado de forma absoluta.

Sendo assim, Andrey Borges de Mendonça sugere que as exceções previstas na legislação processual civil devem ser aplicadas analogicamente ao processo penal.

“Veja que sua aplicação analógica do referido artigo vai ao encontro de uma das finalidades da reforma e do moderno processo penal, que é a celeridade. Imagine-se que o juiz se afaste, para tratamento médico, por mais de um ano. Não seria razoável aguardar todo esse prazo, como processo penal pendente de julgamento.”⁷⁷

Destarte, não se verifica qualquer violação ao princípio do juiz natural na aplicação de uma exceção do princípio da identidade física do juiz, uma vez que estas são previa e objetivamente determinadas, não havendo razão direta para qualquer mácula a parcialidade e independência da atividade jurisdicional.

Entretanto, no âmbito do processo penal militar não houve essa modificação legislativa no que tange a identidade física do juiz. As reformas no processo penal comum não têm sido acompanhadas pelo processo penal militar⁷⁸, bem como algumas mudanças trazidas com a EC 45/2004 aumentaram consideravelmente a quantidade de processos nas Justiças Militares Estaduais, pois trouxe a

⁷⁶ Art. 399.

[...] 2º O juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença.

⁷⁷ MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008. p. 287.

⁷⁸ A exemplo das reformas através das Leis 10.792/03, 11.113/05, 11.689/08, 11.690/08, 11.719/08, 11.900/09, 11.435/06, 12.403/11 e 12.736/12.

competência para julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares.

Com isso, a maioria dos processos para julgamento de praças em crimes militares está tendo duração superior a três meses, tendo, portanto a modificação constante dos juízes militares durante o processo, o que de certa forma pode afetar a imparcialidade e a independência que devem estar sujeitos para proferir suas decisões.

Portanto, contraria o conteúdo da cláusula principiológica do juiz natural, pois os julgadores não ficam ligados a apreciação da demanda, fugindo a regra geral de naturalidade do júzo consagrada pela Carta Magna, e que deveria ser consagrada também no processo penal militar.

6 CONCLUSÕES

Em princípio, conclui-se que as instituições militares são organizações de vital importância para a manutenção da democracia e da soberania do Estado, e visando a segurança e integridade social seus agentes são regidos por normas e regulamentos que sustentam os valores da hierarquia e disciplina.

Estabeleceu a Constituição Federal a competência da Justiça Militar da União para processar e julgar os crimes militares cometidos pelos membros das Forças Armadas e pelos civis, bem como a competência da Justiça Militar dos Estados para processar e julgar os crimes cometidos pelos membros das Polícias Militares e dos Corpos de Bombeiros Militares, além das ações judiciais contra atos disciplinares militares.

Para a configuração do crime militar, que é toda violação acentuada ao dever militar e aos valores das instituições militares, devem estar presentes dois elementos: a tipificação do fato crime no Código Penal Militar e a ocorrência de alguma das hipóteses delimitadas nos arts. 9º e 10 do CPM, que se referem aos crimes praticados em tempo de paz e de guerra, respectivamente.

Ademais, o crime militar diferencia-se da transgressão disciplinar não apenas pela sua relevância penal, também se distingue em razão do grau de ofensividade à disciplina, hierarquia ou ao serviço militar. Enquanto a infração disciplinar militar, lato sensu, é qualquer ação ou omissão que contrarie o dever militar, o crime militar, próprio ou impróprio, é fato típico, antijurídico e culpável.

Os crimes militares são julgados em primeira instância pelos Conselhos de Justiça, que são órgãos jurisdicionais colegiados, formado por um juiz togado (auditor ou juiz de direito, na área estadual) e quatro juízes militares, pertencentes à força a que pertencer o acusado.

O Conselho Permanente de Justiça, que processa e julga os praças ou civis, tem seus juízes renovados a cada trimestre, sem vincular os juízes militares ao processo no 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, e somente se extinguirá com a decisão final do processo.

Contudo, com a transição paradigmática da modernidade para a pós-modernidade, importantes mudanças ocorreram no direito processual do ocidente, tendo em vista a superação de um modelo formalista e hermético do processo jurisdicional, conseqüência lógica do positivismo jurídico.

Ademais, o delineamento do direito processual pós-moderno, marcado pelos atributos da pluralidade, reflexividade, prospectividade, discursividade e relatividade, trouxe a tona o ingente papel desempenhado pelos direitos fundamentais, enunciados pelas cláusulas principiológicas, nos sistemas jurídicos contemporâneos. Com a crise da modernidade jurídica, solapada pelo advento de fatos e valores sociais, exigiu-se o redimensionamento da finalidade do processo jurisdicional, a fim de configurar-se como instrumento ético político capaz de materializar os direitos fundamentais da sociedade.

Com efeito, o legislador constituinte brasileiro conferiu ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, informando a totalidade das prerrogativas e as garantias fundamentais da cidadania, cuja exteriorização depende dos veículos institucionais e dos recursos metodológicos disponibilizados pelo uso hermenêutico da cláusula do devido processo legal.

Todavia, a Lei nº 8.457 de 4 de setembro de 1992, que organiza a Justiça Militar e seus serviços auxiliares estabelece um tratamento diferenciado entre oficiais e praças quanto a duração do Escabinato.

Resta claro, pois, que tal norma individualiza, de forma atual e absoluta, o seu destinatário, violando a regra isonômica, vez que, ou está dispensando tratamento benéfico a um único indivíduo (o réu oficial), ou está, por outro lado, impondo encargo sobre uma só pessoa (o réu praça), sem todavia, prever gravames ou vantagens para os demais.

Infere-se assim, que a lei elegera como critério de discriminação os Conselhos de Justiça e sua duração, todavia tais elementos, invariavelmente, não guardam uma correspondência coerente com a desequiparação que deles resulta, o que permite afirmar que as discriminações são fortuitas e arbitrárias.

Há na Lei 8.457/92 uma explícita desequiparação entre réus pertencentes a classes hierárquicas diferentes, que contraria a isonomia, a qual se consagra como

o maior dos princípios garantidores dos direitos individuais. Ainda que as discriminações possam ter decorrido de circunstâncias correlacionadas com o tempo e a época de edição do Código de Processo Penal Militar, é injurídica e inconstitucional.

No que tange a identidade física do juiz, no âmbito do processo penal militar não houve essa modificação legislativa no sentido de adequá-lo. As reformas no processo penal comum não têm sido acompanhadas pelo processo penal militar, bem como algumas mudanças trazidas com a EC 45/2004 aumentaram consideravelmente a quantidade de processos nas Justiças Militares Estaduais, pois trouxe a competência para julgamento das ações judiciais contra atos disciplinares militares.

Com isso, a maioria dos processos para julgamento de praças em crimes militares está tendo duração superior a três meses, tendo, portanto a modificação constante dos juízes militares durante o processo, o que de certa forma pode afetar a imparcialidade e a independência que devem estar sujeitos para proferir suas decisões.

Portanto, contraria o conteúdo da cláusula principiológica do juiz natural, pois os julgadores não ficam ligados a apreciação da demanda, fugindo a regra geral de naturalidade do juízo consagrada pela Carta Magna, e que deveria ser consagrada também no processo penal militar.

Dessa forma, afirma-se que, para o exercício de um processo penal militar respeitando as garantias processuais, é imprescindível que o Conselho Permanente de Justiça sofra uma mudança em sua sistemática legislativa, para se estabelecer um parâmetro isonômico ao Conselho Especial de Justiça, onde o colegiado é constituído para cada processo e dissolvido após a conclusão de seus trabalhos.

Conclui-se, por fim, que o presente estudo não tem o condão de afastar a aplicação da Lei nº 8.457 de 4 de setembro de 1992, nem do Código de Processo Penal Militar nos julgamentos através de Conselho Permanente de Justiça. Busca-se demonstrar a necessidade de atualização das normas processuais penais militares, delineando-as nos princípios consagrados na Carta Magna, a fim de configurar-se como instrumento capaz de materializar os direitos fundamentais.

Caberá aos órgãos legisladores, em uma análise apurada, da mesma forma

que vêm propondo mudanças ao processo penal comum, também revitalizarem o processo penal militar, respeitando as suas particularidades, sob pena deste tornar-se cada vez mais obsoleto.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Jorge César. **Comentários ao Código Penal Militar**. 9. ed. Curitiba: Juruá, 2017.

_____, Jorge César de. **Direito Militar: Aspectos Penais, Processuais Penais e Administrativos**. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2007.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BATISTA, Antônio Carlos. A Justiça Militar da União, pelo seu novo Presidente. **Revista Direito Militar**, AMAJME, 13, p.4, set/out/1998.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 9 abr. 2017.

_____. Decreto-lei nº 1001, de 21 de outubro de 1969. Código Penal Militar. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 21 de out. de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1001.htm>. Acesso em: 9 abr. 2017.

_____. Decreto-lei nº 1002, de 21 de outubro de 1969. Código de Processo Penal Militar. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, 21 de out. de 1969. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del1002.htm>. Acesso em: 9 jul. 2017.

_____. Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>. Acesso em: 9 jul. 2017.

_____. Lei nº 8.457, de 4 de setembro de 1992. Organiza a Justiça Militar da União e regula o funcionamento de seus Serviços Auxiliares. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 4 set. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8457.htm>. Acesso em: 9 jul. 2017.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal: parte geral. V. 1**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

CORREA, Getúlio. **Direito Militar – História e Doutrina Artigos Inéditos**. Florianópolis: AMAJE, 2002.

CORREA, Univaldo. A Evolução da Justiça Militar no Brasil – alguns dados históricos. In: **Direito Militar: história e doutrina: artigos inéditos**. Florianópolis: AMAJE, 2002.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Pressupostos Processuais e Condições da Ação: o juízo de admissibilidade do processo**. São Paulo: Saraiva, 2005.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de Direito Processual Civil. Vol. 1**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

DI PIETRO, Maria Silva Zanella. **Direito Administrativo**. 29. Ed. São Paulo: Gen-Forense. 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão: teoria do garantismo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GIULIANI, Ricardo Henrique Alves. **Direito Penal Militar**. 4. ed. Rio de Janeiro: Verbo Jurídico, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. 5.ed. Salvador: Juspodivm, 2017.

LOBÃO, Célio. **Direito Penal Militar**. 3. ed. Editora Método, 2006.

_____, Célio. **Direito Processual Penal Militar**. 1. ed. Editora Método, 1999.

LOUREIRO NETO, José da Silva. **Direito Penal Militar**. 5. ed. São Paulo: Atlas Jurídico - Grupo Gen, 2010.

MARCON, Adelino. **O Princípio do Juiz Natural no Processo Penal**. Curitiba: Juruá, 2008.

MARQUES, José Frederico. **Instituições de Direito Processual Civil**. V. 1. Campinas: Millenium, 2000.

MARTINS, Eliezer Pereira. A ordem de votação nos Conselhos Permanentes e Especiais na primeira instância da Justiça Militar Federal e Estadual, pós reforma do Judiciário. **Revista Direito Militar**. Florianópolis, 58, p. 7-8, mar/abr. 2006.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 42. Ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2001..

MENDONÇA, Andrey Borges de. **Nova reforma do Código de Processo Penal**. São Paulo: Método, 2008.

NEVES, Cícero Robson Coimbra; STREINFINGER, Marcelo. **Manual de Direito Penal Militar**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

NERY JR, Nelson. **Princípios do Processo na Constituição Federal**. 12. ed. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2016.

NETTO, Alcides Munhoz. A ignorância em matéria de antijuridicidade em matéria penal. Rio de Janeiro: Forense, 1978 apud BITENCOURT, 2017.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

ONU. Carta das Nações Unidas. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D19841.htm>. Acesso em: 15 abr. 2017.

_____. Protocolo Adicional às Convenções de Genebra de 1949 - Relativo à Proteção das Vítimas dos Conflitos Armados Internacionais (Protocolo I). Disponível em: <<http://www.gddc.pt/direitos-humanos/textos-internacionais-dh/tidhuniversais/dih-prot-i-conv-genebra-12-08-1949.html>>. Acesso em: 15 abr. 2017.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

PORTANOVA, Rui. **Princípios do Processo Civil**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RIBEIRO, Luciano Roberto Melo. **200 anos de Justiça Militar no Brasil: 1808 – 2008**. Rio de Janeiro: Action, 2008.

ROMEIRO, Jorge Alberto. **Curso de Direito Penal Militar: Parte Geral**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROTH, Ronaldo João. **Palestra no IX Seminário de Direito Militar**. Site do STM, disponível em: <<http://www.stm.jus.br/publicacoes/noticias/principio-da-insignificancia-e-discutido-por-especialistas>>. Acesso em 20 abr. 2017.

_____, Ronaldo João. **Primeiros comentários sobre a Reforma Constitucional da Justiça Militar**. Disponível em: <<http://www.jusmilitaris.com.br/?Secao=doutrina&cat=1>> Acesso em: 15 jun 17.

_____, Ronaldo João. **Temas de Direito Militar**. São Paulo: Suprema Cultura. 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Devido Processo Legal: Uma visão pós-moderna**. Salvador: JusPodivm. 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica em crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**. 35. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

ANEXO 1 Escalonamento Hierárquico nas Instituições Militares

Quadro 1 – Exército Brasileiro



Quadro 2 – Marinha do Brasil



Quadro 3 - Aeronáutica



Quadro 4 – Polícia Militar da Bahia

